

Har effektivitetsforsvaret i konkurranseloven § 16 noen betydning i praksis?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 549
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17695 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Bakgrunn / tema	1
1.2	Nærmere om problemstilling	3
1.3	Avgrensning	4
1.4	Rettskildebildet	5
1.5	Nærmere om inngrepskriteriene	7
2	<u>RELEVANTE EFFEKTIVITETSGEVINSTER</u>	9
2.1	Innledning	9
2.2	Samfunnsøkonomiske nettogevinster	10
2.2.1	Formålet med konkurranseloven	10
2.2.2	Totalvelferdsstandard	10
2.2.2.1	Innledning	10
2.2.2.2	Statisk effektivitet og dødvektstap	11
2.2.2.3	Dynamisk effektivitet	15
2.2.3	Konsumentvelferdsstandard	18
2.2.3.1	Betydningen av hvilken standard man legger til grunn	18
2.2.3.2	Tillegget om forbrukerhensyn i krrl. § 1, annet ledd	19
2.2.4	Hvilken standard bør legges til grunn?	22
2.2.4.1	Innledning	22
2.2.4.2	EU-retten	22
2.2.4.3	Amerikansk rett	23
2.2.4.4	Praksis fra andre land	24
2.2.4.5	Juridisk og økonomisk teori	26
2.2.4.6	Oppsummering	28
2.2.5	Gjeldende rett: Samfunnsøkonomiske nettogevinster	29
2.2.5.1	Innledning	29
2.2.5.2	Stordriftsfordeler	30
2.2.5.3	Nedbemanning	31
2.2.5.4	Spesialiseringsgevinster	33
2.2.5.5	Samproduksjonsfordeler	34
2.2.5.6	Overføring av kunnskap	34
2.2.5.7	Bedre innkjøpsbetingelser	34

2.2.5.8	Reduserte markedsføringsutgifter	36
2.2.5.9	Nærmere om effektivitetsgevinster ved ikke-horisontale fusjoner	36
2.3	Krav til dokumentasjon	39
2.3.1	Innledning	39
2.3.2	Partene må fremlegge dokumentasjon	39
2.3.3	Innen en rimelig tidsperiode	42
2.3.4	Er kravet til dokumentasjon for strengt?	43
2.4	Fusjonsspesifikke effektivitetsgevinster	45
3	<u>AVVEININGEN MELLOM EFFEKTIVITETSTAP OG EFFEKTIVITETSGEVINSTER</u>	48
3.1	Innledning	48
3.2	Konkurransetilsynets praksis	49
3.3	Bør det foretas en kvantifisering av det samfunnsøkonomiske tapet?	51
3.3.1	Dødvektstapet	51
3.3.1.1	Potensialet for prisøkning	51
3.3.1.2	Etterspørselens priselastisitet	53
3.3.1.3	Størrelsen på markedet	55
3.3.2	Svekket innovasjon	55
3.3.3	Kvalitetsforringelse	56
3.3.4	X-ineffektivitet	56
3.3.5	Eksempler fra praksis	58
3.4	Andre tilnærminger til avveiningsproblemet?	59
3.5	Oppsummering / vurdering	63
4	<u>AVSLUTNING</u>	64
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	65
5.1	Litteratur	65
5.2	Lover	67
5.3	Forarbeider	67
5.4	Konkurransetilsynets avgjørelser og vedtak	67
5.5	Departementsvedtak	68

5.6	Traktater og avtaler	68
5.7	Rådsforordninger	68
5.8	EU-domstolen	68
5.9	Kommisjonspraksis	68
5.10	Kommisjonens kunngjøringer	68
5.11	Amerikanske rettskilder	69

1 Innledning

1.1 Bakgrunn / tema

Konkurranseloven¹ § 16 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å foreta inngrep mot foretakssammenslutninger². En foretakssammenslutning foreligger ved fusjoner og erverv av kontroll og i noen tilfeller ved opprettelsen av joint ventures, jfr. krrl. § 17. Kontroll med foretakssammenslutninger innebærer at Konkurransetilsynet fører tilsyn med strukturen i markedet, det vil si hvordan markeder er bygd opp og organisert. Formålet med fusjonskontrollen er å motvirke at det skapes en markedsstruktur som fører til at konkurransen svekkes eller hindres. Foretakssammenslutninger kan føre til økt konsentrasjon i markedet, som igjen kan gi foretakene mulighet til å utøve markedsrett, ved for eksempel å sette opp prisene eller tilby produkter til dårligere kvalitet³. De aller fleste foretakssammenslutninger medfører imidlertid ingen konkurranserettslige problemer. I 2009 mottok Konkurransetilsynet totalt 294 meldinger om foretakssammenslutninger, mens det bare ble gjort ett inngrep⁴ i medhold av krrl. § 16⁵.

Konkurransetilsynet er håndhevsorgan for konkurranseloven i Norge. Etter krrl. § 18 gjelder det en alminnelig meldeplikt for foretakssammenslutninger, dersom visse terskelverdier er oppfylt⁶. Formålet med meldeplikten er at Konkurransetilsynet skal bli varslet om og få informasjon om

¹ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) LOV-2004-03-05-12

² Jeg vil for enkelthetsskyld også omtale kontroll med foretakssammenslutninger som fusjonskontroll, selv om begrepet ikke er helt presist er det et innarbeidet uttrykk som brukes av rettsanvendere.

³ Se NOU 2003:12 s.83

⁴ Jfr. V2009-14 Validius / Sunkost

⁵ Jfr. Årsmelding 2009, Saksstatistikk - Konkurransetilsynet

⁶ Jfr. Se F28.04.2004 nr 673, Forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv., § 2

foretakssammenslutninger. Meldeplikt er ingen forutsetning for tilsynets materielle kompetanse, det kan i teorien gripes inn mot foretakssammenlutninger som ikke er meldepliktige.

Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet⁷ er klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak, jfr. krrl. § 20, fjerde ledd. Etter § 21 åpnes det for at Kongen i statsråd i særlige tilfeller kan overprøve konkurransemyndighetenes vedtak, såfremt det dreier seg om saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Etter § 21 er det anledning til å legge vekt på andre hensyn enn de konkurransepolitiske⁸, i motsetning til en vurdering etter § 16.

Det er to kumulative vilkår som må være oppfylt for at tilsynet skal kunne foreta inngrep mot foretakssammenslutninger etter krrl. § 16, første ledd. Det primære vilkåret er at foretakssammenslutningen *”vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen”*, mens det sekundære vilkåret er at den også er *”i strid med lovens formål”*⁹ om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette siste vilkåret innebærer at vilkårene for inngrep ikke er oppfylt dersom foretakssammenslutningen medfører samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier det effektivitetstapet konkurransebegrensningen medfører. Det må dermed foretas en avveining mellom effektivitetstapet og effektivitetsgevinstene som kan realiseres ved en foretakssammenslutning. Tema for denne avhandlingen er effektivitetsgevinstenes betydning i kontrollen med foretakssammenslutninger og fokus vil være på det sekundære vilkåret for inngrep.

Foretakssammenslutninger vil kunne gi effektivitetsgevinster fordi partene blant annet kan rasjonalisere kostnader og skape synergier og på den måten redusere sin egen ressursbruk. Denne type effektivitetsgevinster kan vise seg å være så store at de kan oppveie det samfunnsøkonomiske tapet ved at konkurransen svekkes. Dersom

⁷ Heretter benevnt ”FAD”

⁸ Jfr. Kgl.res.10.februar 2006, Prior / Nordgården, s.2-3, hvor landbrukspolitiske hensyn ble avgjørende for at foretakssammenlutningen ble tillatt.

⁹ Jfr. krrl. § 1, første ledd.

effektivitetsgevinstene oppveier det samfunnsøkonomiske tapet skal foretakssammenslutningen tillates.

Det er likevel få eksempler på at Konkurransetilsynet har godkjent en foretakssammenslutning på bakgrunn av effektivitetsgevinster. DnB NOR-fusjonen¹⁰, som ble godkjent på vilkår, er den eneste store fusjonssaken der effektivitetsforsvaret delvis har fått gjennomslag. Panoramas oppkjøp av Bordsølv er det eneste eksempelet hvor Konkurransetilsynet uttrykkelig i avgjørelsen¹¹ uttalte at ”virkningene av de antatte begrensninger av konkurransen oppveies av effektivitetsgevinstene”. Effektivitetsforsvaret fikk tilsynelatende fullt gjennomslag i denne saken. Heller ikke i EU / EØS eller andre land i Europa er det mange eksempler på at effektivitetsforsvaret har fått gjennomslag¹². I USA finnes det heller ikke eksempler på at domstolene har godkjent en foretakssammenslutning alene på bakgrunn av at effektivitetsgevinstene oppveier en vesentlig konkurransebegrensning¹³. Således kan man stille spørsmål ved om effektivitetsgevinster i praksis er mer et teoretisk enn et realistisk forsvar.

1.2 Nærmere om problemstilling

Formålet med oppgaven er å undersøke hvilken betydning effektivitetsgevinstene har i kontrollen med foretakssammenslutninger i norsk rett. Da det er få eksempler på at effektivitetsforsvaret fører frem, er det interessant å se nærmere på hva som egentlig kreves for at det skal få gjennomslag. Konkurransetilsynet vektlegger kun kostnadsbesparelser som er samfunnsøkonomiske nettogevinster, fusjonsspesifikke og tilstrekkelig godt dokumentert.

Jeg vil for det første undersøke hva de tre nevnte kriteriene innebærer. Et sentralt spørsmål er om kravet til dokumentasjon for effektivitetsgevinster er for strengt. Det er flere eksempler på at Konkurransetilsynet avskjærer de anførte effektivitetsgevinstene

¹⁰ Jfr. V2003-61

¹¹ A2006-66

¹² Se ”When One is Enough?-Effects-Based and Efficiencies Analysis in Practice”, [2009] E.C.L.R s.403.

¹³ Se ”Efficiencies in merger analysis: alchemy in the age of empiricism”, s.192 i ”Economic theory and Competition Law”

på grunn av at de ikke er tilstrekkelig godt dokumentert, se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak som la ned forbud mot Mobilopplysningen AS' oppkjøp av Aspiro Søk AS¹⁴.

For det andre vil avveiningen som skal foretas mellom det samfunnsøkonomiske tapet som følge av at konkurransen svekkes og samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster bli behandlet. Det har blitt kritisert at Konkurransetilsynet ikke kvantifiserer det samfunnsøkonomiske tapet slik som partene tallfester effektivitetsgevinstene. En interessant problemstilling i den sammenheng er hvordan avveiningen gjøres i praksis og hvorvidt tilsynets praksis er tilfredsstillende.

1.3 Avgrensning

Det er mange spørsmål som kan behandles i forbindelse med kontroll med foretakssammenslutninger. Denne avhandlingens kjerne er sekundærvilkåret ”i strid med lovens formål” i § 16, første ledd.

Det faller utenfor denne oppgaven å gå inn på detaljene for hvordan man går frem for å analysere om foretakssammenslutningen ”vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen”. Jeg vil imidlertid kort si litt om primærvilkåret, jfr. pkt. 1.5, ettersom det vil være nødvendig for å belyse avveiningen mellom tapet som følge av konkurransebegrensningen og effektivitetsgevinstene.

Begrepet foretakssammenslutning som er definert i krrl. § 17 vil ikke bli behandlet.

Meldeplikten generelt og kompetansefordelingen mellom Konkurransetilsynet og Kommisjonen vil ikke bli behandlet. Jeg vil likevel kort si litt om innholdskravene til en fullstendig melding om foretakssammenslutning, fordi det har betydning for dokumentasjonskravet for effektivitetsgevinster, jfr. pkt. 2.3.2. Hvilke innholdskrav Kommisjonen stiller til en foretaksmelding vil også kort bli behandlet¹⁵.

¹⁴ Jfr. V2008-22

¹⁵ ANNEX I, FORM CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004

Effektivitetsgevinster er også relevante i forhold til atferdsreglene i konkurranseloven § 10 og 11. Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, jfr. krrl. § 10 og forbudet mot utnyttelse av ett eller flere foretaks dominerende stilling, jfr. krrl. § 11, er harmonisert med tilsvarende bestemmelser i EU-retten, jfr. EØS-avtalen art. 53 og 54 / TFEU art. 101 og 102. Krrl. § 10 tredje ledd åpner for at en avtale som begrenser konkurransen og på den måten påfører samfunnet et tap allikevel kan være tillatt. Det gjelder dersom den gjør det mulig for partene å realisere gevinster som også kommer samfunnet til gode og som oppveier skadevirkningene avtalen har. I tillegg må forbrukerne sikres en rimelig andel av disse effektivitetsgevinstene. Det finnes ikke en tilsvarende bestemmelse i § 11. Imidlertid har EU-domstolen godkjent at dersom en atferd som i utgangspunktet er i strid med art. 102 kan begrunnes med effektivitetsgevinster som det dominerende foretak realiserer, kan dette være et legitimt formål slik at atferden ikke rammes av forbudet¹⁶. Noen videre redegjørelse om atferdsreglene og effektivitetsgevinstenes betydning i forhold til disse reglene faller utenfor denne oppgaven.

1.4 Rettskildebildet

Dagens konkurranselov som ble innført i mai 2004 innebar en harmonisering med konkurransereglene i EU. Imidlertid er reglene for inngrep mot foretakssammenslutninger ikke harmonisert. Fusjonskontrollforordningen (FKF)¹⁷ inneholder regler for kontroll med foretakssammenslutninger i fellesskapsretten¹⁸. De norske reglene om fusjonskontroll i §§ 16-21 og FKF er alternative regelsett. Dette kalles ”One Stop Shop”-prinsippet, det vil si at en foretakssammenslutning enten skal

¹⁶ Jfr. Sak 322 / 81 Michelin Sml. 1983

¹⁷ EU har hatt regler om kontroll med foretakssammenslutninger siden 1989, gjennom Rådsforordning 4064/89. Denne er nå erstattet av Rådsforordning 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger (”FKF”).

¹⁸ FKF gjelder også for Norge med hjemmel i EØS-avtalen, jfr. EØS-avtalen art. 57 nr. 1 og vedlegg XIV som henviser til FKF.

behandles på EØS- eller EU-nivå eller etter nasjonal rett¹⁹. Det er heller ingen EØS-rettslig plikt for Norge å harmonisere fusjonskontrollreglene²⁰.

Konkurransereglene i EU har likevel en viss rettskildemessig betydning ved vurderingen av de norske fusjonskontrollreglene.

Etter FKF 2004 art. 2 nr. 2 og 3 er inngrepsvilkåret oppfylt dersom foretakssammenslutningen vil "hindre effektiv konkurranse på det felles marked eller i en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes". Kommisjonen skal således gripe inn mot en foretakssammenslutning som kan medføre en betydelig begrensning av effektiv konkurranse. At dominerende stilling skapes eller styrkes er et praktisk eksempel på en slik situasjon. Inngrepskriteriet etter FKF 2004 ligger nærmere opp til det norske inngrepskriteriet enn tidligere. Dette taler for at felleseuropeisk rett tillegges større vekt enn tidligere ved anvendelsen av de norske reglene²¹.

Norske konkurransemyndigheter ser også hen til retningslinjer og praksis fra EU. Kommisjonen har blant annet utarbeidet retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner og ikke-horisontale fusjoner²². Disse er imidlertid ikke bindende rettsakter²³, men er likevel relevant som rettskildefaktor fordi retningslinjene i stor grad gir uttrykk for rettspraksis. På internettsidene til Konkurransetilsynet heter det at retningslinjene fra EU også vil gi nyttig veiledning i forhold til foretakssammenslutninger som vurderes under norsk konkurranselov²⁴. I klagevedtaket i Gilde / Prior-saken uttalte departementet²⁵ at *"I vurderingen av om inngrepskriteriet i konkurranseloven § 16 er oppfylt er det også relevant å se hen til retningslinjer og praksis fra utenlandsk rett"*.

¹⁹ Se NOU 2003:12 s.29

²⁰ Jfr. EØS-konkurranseloven § 7, tredje ledd.

²¹ Se Norsk Konkurranserett bind 1, s.616.

²² Guidelines on the assessment of horizontal mergers, OJ [2004] C 31/ 03 og Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers, OJ [2008] C 265 / 07

²³ Jfr. TFEU art. 288

²⁴ http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/KAP4_FORETAKSSAMMENSLUTNINGER.pdf

²⁵ Jfr. FADs vedtak av 05.10.06 i sak V2006-223, s.22

Videre peker departementet spesielt på Kommisjonens retningslinjer og de amerikanske retningslinjene.

Kontroll med foretakssammenslutninger kom først inn i norsk rett i 1988 med en tilføyelse i § 42a i dagjeldende prislov. Bestemmelsen i prisloven § 42a ble i hovedsak videreført i konkurranseloven av 1993 § 3-11²⁶. 1993-loven ble revidert og avløst av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. De materielle inngrepsvilkårene i § 16, første ledd tilsvarer konkurranseloven 1993 § 3-11, første ledd. Praksis og retningslinjer etter denne bestemmelsen er videreført og får således betydning for tolkningen av krrl. § 16²⁷. Således er det også relevant å se hen til forarbeidene til 1993-loven som et tolkingsmoment ved vurderingen av krrl. § 16.

Konkurransetilsynets praksis er begrenset i forhold til vurdering av effektivitetsgevinster. Det er få vedtak der det sekundære inngrepsvilkåret eksplisitt er vurdert. Videre er ofte vurderinger vedrørende det sekundære vilkåret unntatt offentlighet fordi det inneholder forretningshemmeligheter²⁸. I de sakene hvor tilsynet godkjenner foretakssammenslutningene er avgjørelsene knappe og gjerne mindre enn én side²⁹. Det er dermed vanskelig å si noe om og hvordan tilsynet har vurdert effektivitetsgevinstene i disse sakene.

1.5 Nærmere om inngrepskriteriene

Som nevnt innledningsvis følger det av krrl. § 16, første ledd at "Konkurransetilsynet skal gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål".

²⁶ Jfr. NOU 2003:12 s.70

²⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.229

²⁸ I forbindelse med arbeidet med oppgaven har jeg fremsatt begjæring om innsyn i flere vedtak vedrørende effektivitetsgevinster. Tilsynet foretok nye offentlighetsvurderinger og ga helt eller delvis i innsyn i noen saker, herunder blant annet V2003-6, V2005-12 og V2006-223.

²⁹ Se f.eks. A2006-66 Panorama / Bordsølv.

Bestemmelsen er en ”skal” bestemmelse slik at tilsynet plikter å gripe inn mot foretakssammenlutningen dersom vilkårene for inngrep er oppfylt³⁰.

For å avgjøre om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning må Konkurransetilsynet analysere virkningene foretakssammenslutningen vil kunne få på markedene som berøres av transaksjonen. Først avgrenses det relevante markedet, evt. markedene, både produktmessig og geografisk. Deretter tar man utgangspunkt i selskapets markedsandel i den videre analysen. Det er en omfattende analyse som foretas og viktige momenter i vurderingen er i hvilken grad det er vanskelig for nye aktører å etablere seg i markedet og graden av potensiell konkurranse³¹.

Dersom det er vesentlig begrenset konkurranse på et marked, vil de involverte foretak kunne utøve markedspekt. Det vil si at foretaket kan opptre uavhengig av konkurrentene og kundene. Markedspekt gir seg typisk utslag i at produsenten setter opp prisene. Dette kan resultere i et samfunnsøkonomisk tap, idet markedstilpasningen gir en ressursbruk som er mindre effektiv enn den kunne ha vært med virksom konkurranse. Et samfunnsøkonomisk tap oppstår som følge av at ressursene ikke utnyttes optimalt, se pkt. 2.2.2 om samfunnsøkonomisk effektivitet.

Jeg går ikke noe nærmere inn på primærvilkåret og hvordan man går frem for å avgjøre om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning, da det vil være for omfattende og heller ikke nødvendig for oppgavens formål. Imidlertid vil jeg behandle spørsmålet om kvantifisering av det samfunnsøkonomiske tapet, jfr. pkt. 3.3, i forbindelse med avveining mellom tap og gevinster.

Selv om det første inngrepskriteriet er oppfylt, kan ikke Konkurransetilsynet gripe inn mot ervervet hvis ikke det samtidig er i strid med lovens formål. Oppgavens kjerne er det sekundære inngrepskriteriet i krrl. § 16, første ledd. Vilkåret viser til konkurranselovens overordnede formål om samfunnsøkonomisk effektiv bruk av resursene, jfr. § 1. En foretakssammenslutning kan også gi samfunnsøkonomiske

³⁰ Se NOU 2003:12 s. 91-92 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.82

³¹ Se Konkurransetilsynets temaark om kontroll med foretakssammenslutninger

kostnadsbesparelser. Disse kostnadsbesparelsene omtales gjerne som effektivitetsgevinster. Konkurransetilsynet må vurdere om disse effektivitetsgevinstene er større enn effektivitetstapet ved redusert konkurranse. Dersom effektivitetsgevinstene oppveier effektivitetstapet skal det ikke gripes inn mot foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet må således vurdere både de positive og negative virkningene av en foretakssammenslutning. Det er den samlede virkningen av foretakssammenslutningen som skal være samfunnsøkonomisk effektiv.

Vurderingen av effektivitetsgevinster vil bli grundig redegjort for i pkt. 2.

Dersom Konkurransetilsynet kommer til at inngrepvilkårene er oppfylt kan tilsynet enten tillate foretakssammenslutningen på vilkår eller nedlegge et totalt forbud mot den jfr. § 16, tredje ledd. Det kan tenkes at partene ikke kan dokumentere at effektivitetsgevinstene vil oppveie det fulle samfunnsøkonomiske tapet av konkurransebegrensningen. Likevel kan det kanskje dokumenteres at effektivitetsgevinstene oppveier en del av det samfunnsøkonomiske tapet. Således kan effektivitetsgevinster bidra til at en foretakssammenslutning blir godkjent på vilkår, i motsetning til at det blir lagt ned fullstendig forbud³².

2 Relevante effektivitetsgevinster

2.1 Innledning

Konkurransetilsynet vektlegger i sin vurdering av om effektivitetsgevinstene skal anses som relevante om det er kostnadsbesparelser som gir en samfunnsøkonomisk nettogevinst, er tilstrekkelig godt dokumentert og fusjonsspesifikke. De tre kriteriene følger av praksis og økonomisk teori³³. Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på de tre kriteriene, med hovedvekten på samfunnsøkonomiske nettogevinster.

³² Jfr. her DnB NOR-fusjonen under pkt. 2.2.3.1.

³³ Se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V2006-223 Gilde / Prior, pkt. 6.2.2

2.2 Samfunnsøkonomiske nettogevinster

2.2.1 Formålet med konkurranseloven

Det sekundære inngrepsvilkåret i § 16, første ledd viser til ”lovens formål”. Hva som er lovens formål har således direkte betydning for om inngrepsvilkårene i § 16, første ledd er oppfylt. Formålet med konkurranseloven er etter krrl. § 1, første ledd ”å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”.

Konkurranse er virkemiddelet og samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk er målet.

Ordlyden ”samfunnets ressurser” gir anvisning på at det skal legges en totalvelferdsstandard til grunn ved anvendelsen av loven. Hva som ligger i totalvelferdsstandarden redegjøres for i pkt. 2.2.2.

I tillegg har det i krrl. § 1, annet ledd kommet inn en bestemmelse om at det ”skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser” ved anvendelse av loven. Dette er nytt i forhold til konkurranseloven av 1993. Det har vært mye diskusjon om tillegget om forbrukerhensyn innebærer at formålet med loven er endret, slik at det skal legges til grunn en konsumentvelferdsstandard ved anvendelsen av loven. Det redegjøres for konsumentvelferdsstandarden under pkt. 2.2.3. Spørsmålet er hva innføringen av § 1, annet ledd har å si for anvendelsen av konkurranseloven, særlig i forhold til fusjonskontrollen.

2.2.2 Totalvelferdsstandard

2.2.2.1 Innledning

Ved en totalvelferdsstandard er det ikke av betydning for vurderingen av de samfunnsøkonomiske gevinstene om gevinstene kommer i form av økt konsumentoverskudd (lavere priser) eller økt produsentoverskudd (større overskudd til bedriftene). Litt unøyaktig kan man si at en samfunnsøkonomisk optimal løsning innebærer at det ikke sløses med ressursene, men at de brukes på en slik måte at samfunnet får størst mulig utbytte fra de tilgjengelige ressursene. Samfunnsøkonomisk overskudd brukes ofte som mål på effektiviteten, se nedenfor om statisk effektivitet. Imidlertid må en også ta hensyn til dynamisk effektivitet for å få det fulle bildet av hva samfunnsøkonomisk effektiv bruk av ressursene innebærer, se her pkt. 2.2.2.3.

2.2.2.2 Statisk effektivitet og dødvektstap

I forarbeidene til 1993-loven la Ryssdalutvalget til grunn at konkurranselovens målsetting er en Pareto-optimal bruk av ressursene³⁴. Det vil si at det ikke er mulig å gjøre forholdene bedre på ett område, ved å bruke ressursene annerledes, uten at det samtidig oppnås mindre på et annet område. Pareto-kriteriet referer seg til statisk effektivitet, eller allokeringseffektivitet. Det vil si at de tilgjengelige ressursene allokeres der de gjør mest nytte for seg etter den rådende teknologi på et gitt tidspunkt eller en gitt periode. En effektiv allokering av ressursene foreligger når det er effektivitet i produksjonen, effektivitet i forbruket og effektivitet i sammensetning av forbruk og produksjon³⁵. Pareto-effektivitet sier imidlertid ikke noe om fordelingen av ressursene, det vil si at en situasjon med store ulikheter mellom grupper eller enkeltpersoner kan være pareto-effektiv³⁶.

I praksis kan samfunnsøkonomisk overskudd, summen av produsentoverskudd og konsumentoverskudd, brukes som mål på effektiviteten. Ved hjelp av en modell for frikonkurranse kan samfunnsøkonomisk effektivitet på et gitt marked fremstilles i en figur. Ved bruk av modeller forenkler man virkeligheten ved å lage forutsetninger om hvordan virkeligheten fungerer³⁷. Modellbruk er et nyttig hjelpemiddel til å beskrive og analysere den delen av virkeligheten modellen beskriver. Forhold ved virkeligheten som ikke har så stor betydning for det problem man vil undersøke kan man se bort ifra, mens man fokuserer på det man antar er viktigst. Det er imidlertid viktig å merke seg at forutsetningene for modellene kan være mer eller mindre realistiske. En robust modell vil gi resultater som er generelle og mindre sårbare overfor forutsetningene i modellen, i forhold til en modell som ikke er fullt så robust.

³⁴ Jfr. NOU 1991:27, s.79

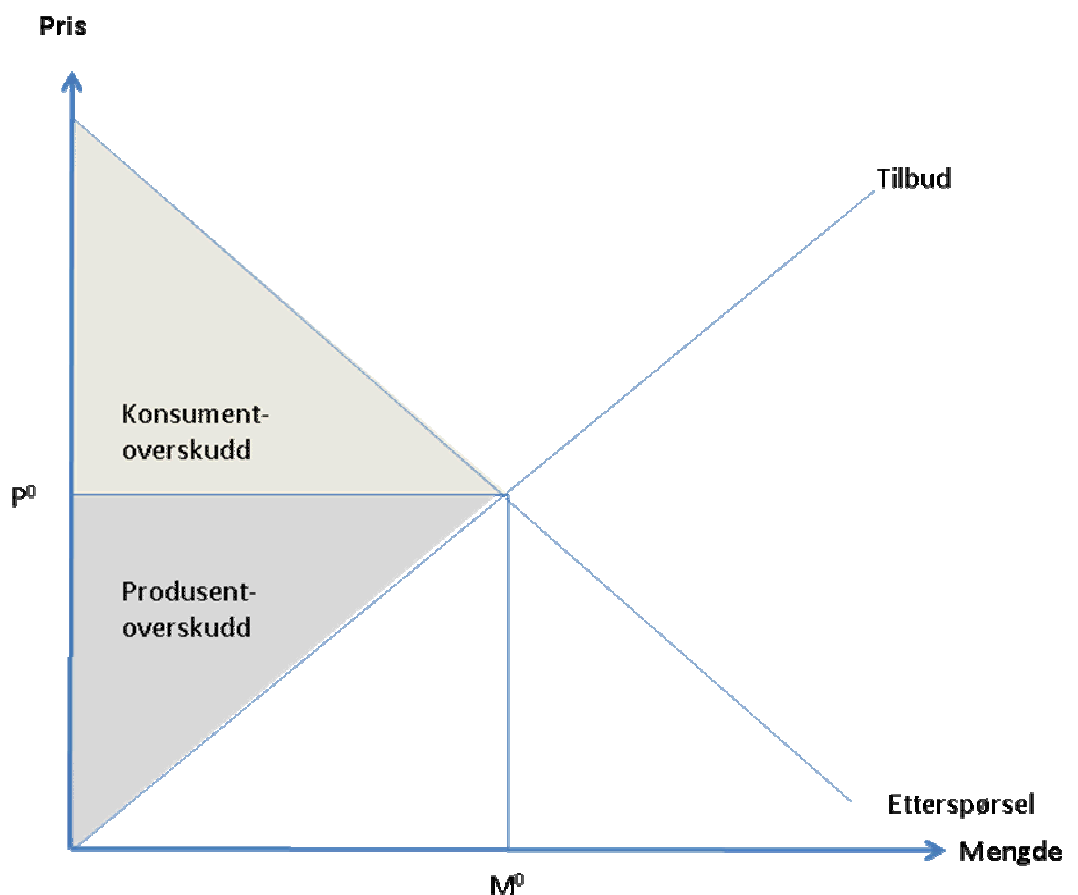
³⁵ Ibid.

³⁶ Se Rettsøkonomi s.97

³⁷ Se Rettsøkonomi s.52-53 og Østbye s.213

Det ligger en rekke forutsetninger til grunn for modellen for frikonkurranse³⁸. For eksempel forutsettes markedet å være atomistisk, det vil si at aktørene er så små at de ikke har mulighet til å påvirke prisen. Andre forutsetninger er kontraktsfrihet, perfekt informasjon, ingen transaksjonskostnader og at det ikke finnes kvalitetsforskjeller mellom de enkelte enheter av godet. Forutsetningene vil sjelden eller aldri være oppfylt i et virkelig marked. Modellen er likevel egnet til å peke på viktige sammenhenger og tendenser.

FIGUR 1



I figuren ovenfor måles mengden av et gode langs den horisontale aksen og prisen langs den vertikale. Etterspørselskurven er fallende og representerer etterspørernes (marginale) betalingsvillighet. Etterspørselskurven gir uttrykk for betalingsvilligheten til kjøperne og dermed hvor mye etterspørerne alt i alt ønsker å kjøpe av et gode til

³⁸ Se Rettsøkonomi s.75-84 om forutsetningene.

alternative priser. Den illustrerer at jo lavere prisen er jo større etterspørsel er det etter et gode. Konsumentoverskuddet er forskjellen på det konsumentene er villig til å betale for et produkt og det de faktisk betaler³⁹. Dersom prisen er lik p^0 vil konsumentoverskuddet utgjøre det lysegrå arealet i figuren. Tilbudskurven viser hvor mye produsentene tilbyr til ulike priser. For en produsent er velferden (overskuddet) det han kan selge et gode for, trukket fra kostnaden ved å produsere det⁴⁰. Produksjonskostnaden er i figuren illustrert med arealet under tilbudskurven. Summen av de overskuddene produsentene oppnår utgjør produsentoverskuddet, illustrert ved det mørkegrå arealet i figuren ovenfor.

Det samfunnsøkonomiske overskudd maksimeres når grensekostnaden er lik konsumentenes marginale betalingsvillighet. I figuren ovenfor er dette illustrert ved skjæringspunktet mellom etterspørselskurven og tilbudskurven. Grensekostnader er hva det koster å øke produksjonen med en enhet. Med andre ord maksimeres det samfunnsøkonomiske overskudd ved å produsere og selge et gode så lenge etterspørernes betalingsvillighet er større enn kostnaden ved å produsere det⁴¹.

I figur 2 nedenfor kan man sammenlikne frikonkurranse og monopol. En markedssituasjon med monopol er kjennetegnet ved at det kun er én tilbyder, men mange etterspørere⁴². Som vist i figur 1 ovenfor bestemmes pris og mengde under frikonkurranse av skjæringspunktet mellom etterspørselskurven og tilbudskurven. Monopolisten vil derimot ta hensyn til at den kan påvirke prisen ved å endre tilbudet⁴³. I et monopolmarked bestemmes pris og mengde av skjæringspunktet mellom kurvene for grenseinntekt (GI) og grensekostnad (GK). Grenseinntekten representerer monopolistens økning i bruttoinntekten ved å selge én enhet til. Ved å øke omsetningen med én enhet vil monopolistens bruttoinntekt øke med prisen for denne enheten. Samtidig må prisen på alle enheter settes ned for å få solgt alle enheter, inkludert den

³⁹ Se Norsk konkurranserett, bind 1, s.124

⁴⁰ Se Østbye s.73-74

⁴¹ Ibid. s.74

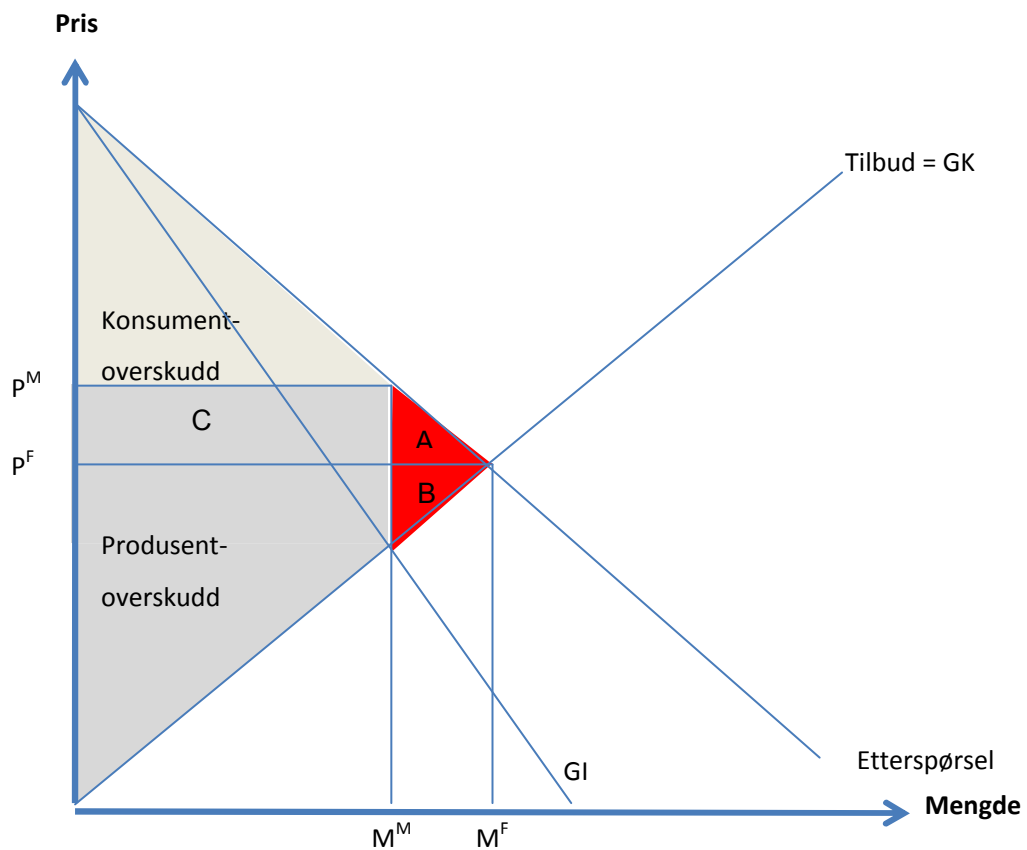
⁴² Se f.eks. Norsk konkurranserett, bind 1, s.58-59 og Rettsøkonomi s.90-91

⁴³ Det tas forutsetning om at monopolisten kjenner etterspørselsfunksjonen, dvs. sammenhengen mellom pris og omsatt kvantum.

nye. Det har sammenheng med at jo flere enheter som produseres og selges, jo lavere pris pr. enhet er konsumentene villig til å betale, jfr. den fallende etterspørselskurven. Den siste virkningen fører til at grenseinntekten er lavere enn prisen.

Dersom man forutsetter at kostnadsforholdene er helt like for monopolisten som for frikonkurransesprodusentene, vil markedets tilbudskurve ved fri konkurranse være lik monopolistens grensekostnadskurve. Monopolløsningen, grenseinntekt (GI) = grensekostnad (GK), resulterer i lavere omsatt kvantum M^M og høyere pris P^M i forhold til frikonkurransetilpasningen ($M^F P^F$).

FIGUR 2



Ved monopol vil det oppstå et effektivitetstap⁴⁴ som følge av at monopolet kan redusere tilbudt kvantum, fra M^F til M^M i figuren, og derved øke prisen. Det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet er illustrert ved den røde trekanten, AB ⁴⁵. Tapet oppstår som følge av at forbrukerne er villig til å betale mer for en ekstra enhet av godet enn hva det koster å produsere denne enheten. For alle enheter mellom M^M og M^F vil konsumentenes betalingsvillighet for godet overstige de samfunnsøkonomiske kostnadene ved å produsere godet.

En overgang fra frikonkurranse til monopol medfører også en overføring av overskudd fra konsumentene til produsentene. På grunn av denne inntektsoverføringen fra konsumentene til produsentene øker produsentoverskuddet med arealet av rektangelet C . Tilsvarende reduseres konsumentoverskuddet, sammenliknet med frikonkurranseløsningen. Isolert sett er denne virkningen kun en omfordeling som ikke gir et samfunnsøkonomisk effektivitetstap under en totalvelferdsstandard⁴⁶, jfr. nærmere pkt. 2.2.3.

Frikonkurranseløsningen gir Pareto-optimal ressursbruk og frikonkurransemodellen ble utpekt som konkurranselovens teoretiske referanseramme av Ryssdalutvalget⁴⁷.

2.2.2.3 Dynamisk effektivitet

Dynamisk effektivitet innebærer at ressursene anvendes effektivt over tid. Spørsmålet er om det dynamiske effektivitetsperspektivet ivaretas i tilstrekkelig grad i anvendelsen av reglene om kontroll med foretakssammenslutninger.

Ifølge Ryssdalutvalget innebærer dynamisk effektivitet at det skjer samfunnsøkonomiske ønskelige endringer eller innovasjoner i form av nye produksjonsprosesser og produkter, samt at ressursene utnyttes effektivt i denne

⁴⁴ Såkalt dødvektstap, jfr. pkt. 3.3.1.

⁴⁵ Dette dødvektstapet er en del av det samfunnsøkonomiske tapet som skal avveies mot effektivitetsgevinstene, se pkt. 3

⁴⁶ Jfr. NOU 1991: 27 s.86

⁴⁷ Ibid. s.80

prosessen⁴⁸. Tekniske fremskritt som resulterer i nye produkter eller forbedrede produkter vil gi en gevinst for samfunnet. Gevinsten er imidlertid ikke like lett å måle som en kostnadsbesparelse i produksjonen som gir seg utslag i lavere priser.

Dynamisk effektivitet er ikke vektlagt like mye som statisk effektivitet i forarbeidene til konkurranseloven. Graverutvalget⁴⁹ behandlet ikke spørsmålet om dynamisk effektivitet. En av årsakene til at dynamisk effektivitet ikke behandles så grundig i forarbeidene kan ha sammenheng med at analysen er mer komplisert og resultatene mer usikre enn ved analysene av statisk effektivitet. Det kan argumenteres for at det er en mangel ved konkurranseloven at den ikke fokuserer så mye på dynamisk effektivitet. Uten et dynamisk analyseverktøy kan det stilles spørsmål ved om lovens effektivitetshensyn ivaretas i tilstrekkelig grad⁵⁰. Ryssdalutvalget uttalte at *”Hovedvekten for konkurransemyndighetene vil i praksis som regel måtte ligge på å sikre den statiske effektiviteten gjennom en virksom konkurranse mellom etablerte tilbydere. Det kan imidlertid være grunn til å legge større vekt på dynamiske aspekter ved konkurransen enn hva som tidligere har vært vanlig”*⁵¹. Ut fra forarbeidene ser det ut til at også dynamisk effektivitet er et relevant hensyn ved tolkingen av loven, selv om hovedvekten ligger på statisk effektivitet. Betydningen av dynamisk effektivitet utdypes ikke noe mer i forarbeidene, således er det vanskelig å si hva som ligger i uttalelsen.

Kommisjonen har i sine retningslinjer⁵² uttalt at de kan hensynta effektivitetsgevinster knyttet til forskning, utvikling og innovasjon, da nye eller forbedrede produkter eller tjenester også vil representere en fordel for forbrukerne. Allikevel har Kommisjonens retningslinjer blitt kritisert for å fokusere for mye på kostnadsbesparelser som gir seg utslag i lavere priser. I en rapport utarbeidet av RBB Economics hevdes det at mange av de viktigste synergier, særlig ved ikke-horisontale fusjoner, snarere er et resultat av

⁴⁸ Ibid. s.82

⁴⁹ NOU 2003:12 Ny konkurranselov

⁵⁰ Se Norsk konkurranserett bind 1, s.69-70

⁵¹ Se NOU 1991:27, s.81, annen spalte

⁵² Jfr. Horizontal Mergers Guidelines para 81

kombinasjon av komplementære eiendeler enn direkte kostnadsreduksjoner⁵³. I rapporten hevdes det at dynamiske effektivitetsgevinster, som ikke gir seg utslag i direkte prisreduksjoner, ikke blir hensyntatt i tilstrekkelig grad.

I de amerikanske retningslinjene⁵⁴ gis det uttrykk for at effektivitetsgevinster knyttet til forskning og utvikling kan være betydelige, men at de som regel er vanskeligere å dokumentere. Derfor blir slike dynamiske effektivitetsgevinster gjerne tillagt mindre vekt enn de statiske effektivitetsgevinstene, som gjerne er enklere å dokumentere.

Det ser ut til at Konkurransetilsynet i sin praksis er tilbakeholdne med å vektlegge dynamiske effektivitetsgevinster. I Gilde / Prior-saken ble det for eksempel anført effektivitetsgevinster knyttet til innovasjon og produktutvikling uten at dette førte frem⁵⁵. I sakene hvor tilsynet har uttalt at de har gitt effektivitetsgevinster gjennomslag, DnB NOR og Panorama / Bordsølv, har det dreiet seg om effektivitetsgevinster knyttet til henholdsvis besparelser i faste kostnader og nedleggelese av produksjonsanlegg og kontor.

Samfunnsøkonomisk er det ingen tvil om at dynamiske effektivitetsgevinster også er relevante. Det kan hevdes at disse er de viktigste for økonomisk utvikling. Det er da et problem at de samtidig er de vanskeligste å forutsi og dokumentere⁵⁶. Klarer man ikke å dokumentere dynamiske effektivitetsgevinster kan det være en fare for at man forbyr foretakssammenslutninger som faktisk er samfunnsøkonomisk gunstige.

I den juridiske vurderingen synes det som om dynamiske effektivitetsgevinster ikke er vektlagt i samme grad som de statiske. Det er imidlertid ingen grunn til at dynamiske effektivitetsgevinster skal ha mindre vekt i vurderingen, dersom de kan dokumenteres tilstrekkelig.

⁵³ Jfr. Lindsay s.533 og RBBs rapport fra 2005: "The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers" s.105.

⁵⁴ Jfr. US Horizontal Mergers Guidelines s.31

⁵⁵ Jfr. V2006-223 s.50

⁵⁶ Jfr. "Efficiencies in Merger Analysis" Greaney s.198-199

2.2.3 Konsumentvelferdsstandard

2.2.3.1 Betydningen av hvilken standard man legger til grunn

Totalvelferdsstandarden tar ikke hensyn til hvordan ressursene er fordelt, men ser utelukkende på det samlede samfunnsøkonomiske overskuddet⁵⁷. Effektivitet målt som summen av produsentoverskudd og konsumentoverskudd, som vist i figur 1 ovenfor, sier ikke noe om inntektsfordelingen mellom produsenter og konsumenter. Ved konsumentvelferdsstandarden er det derimot virkningen på konsumentoverskuddet som er avgjørende⁵⁸. Bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser vil kun være relevante dersom de er samfunnsøkonomiske nettogevinster og samtidig kommer konsumentene til gode.

Det følger av økonomisk teori at innføring av fordelingskriterier, som avgifter og prisbindinger, gjerne går på bekostning av effektiviteten. I forarbeidene til 1993-loven mente Ryssdalutvalget at *”Avveiningen mellom effektiv ressursbruk og fordelingspolitiske mål er et politisk valg. Etter utvalgets oppfatning bør ikke denne avveiningen foretas av konkurransemyndighetene”*⁵⁹.

Det har vært, og det er fortsatt, diskusjon i juridisk og økonomisk litteratur i Norge og internasjonalt om hvilken velferdsstandard som bør legges til grunn ved anvendelsen av konkurransereglene.

Standarden er avgjørende for hvilke typer effektivitetsgevinster som anses som relevante, og dermed kan den også være avgjørende for om det blir gjort inngrep mot en foretakssammenslutning eller ikke. Legger man en totalvelferdsstandard til grunn tas det ikke hensyn til hvordan overskuddet fordeles på produsent- og konsumentensiden. Motsatt ved en konsumentvelferdsstandard hvor det er avgjørende at effektivitetsgevinstene kommer konsumentene til gode for at de skal anses som relevante i vurderingen.

⁵⁷ Østbye s.85

⁵⁸ Jfr. figur 1

⁵⁹ Jfr. NOU 1991: 27 s.83

Dersom en skulle lagt til grunn en konsumentvelferdsstandard i norsk rett kan det stilles spørsmål ved om fusjonen mellom DNB og Gjensidige NOR⁶⁰ ville blitt godkjent⁶¹. DnB NOR-fusjonen ble behandlet etter 1993-konkurranseloven, hvor det var uomtvistet at det gjaldt en totalvelferdsstandard i Norge. Det går frem av Konkurransetilsynets vedtak at det i hovedsak var anført effektivitetsgevinster i form av reduksjon i faste kostnader⁶². Etter økonomisk teori vil en reduksjon i faste kostnader ikke komme forbrukerne til gode ved at prisene reduseres, i motsetning til en reduksjon i variable kostnader. Reduksjon i faste kostnader ville således ikke bli hensyntatt dersom det gjaldt en konsumentvelferdsstandard. Tilsynet konkluderte med at fusjonen ville gi en del samfunnsøkonomiske gevinster, men at de ikke var tilstrekkelig til å oppveie det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet som følge av konkurransebegrensningen⁶³. Tilsynet godkjente likevel fusjonen på vilkår som tok sikte på å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av fusjonen og legge til rette for økt fremtidig konkurranse. Dersom tilsynet ikke hadde vektlagt reduksjonen i faste kostnader som effektivitetsgevinster er det ikke sikkert de avhjelpende tiltakene ville vært tilstrekkelig til å godkjenne fusjonen.

2.2.3.2 Tillegget om forbrukerhensyn i krrl. § 1, annet ledd

I juridisk og økonomisk teori har det vært mye diskusjon om hva tillegget om forbrukerhensyn innebærer for hvilken standard som skal legges til grunn ved anvendelsen av fusjonskontrollreglene.

Konkurranseloven definerer ikke begrepet forbruker. I den sammenheng kan det spørres om hvem det siktes til i forbindelse med uttrykket ”forbrukernes interesser”. I forbrukerkjøpsloven defineres forbruker som ”en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”, jfr. § 1, tredje ledd. Konkurranseloven er ikke ment å ivareta forbrukerhensyn i videre forstand, derfor må forbrukerbegrepet defineres i forhold til konkurranseloven. Konkurranseloven kommer ikke bare til anvendelse på

⁶⁰ Jfr. V2003-61

⁶¹ Jfr. ”Kontroll med foretakssammenslutninger” Ekeberg, s.28-29

⁶² V2003-61 s. pkt.11.2.1

⁶³ Ibid pkt.11.4 og 13

forbrukervare- eller sluttproduktmarkedene, men også på markedene for produksjonsfaktorer. I markedet for produksjonsfaktorer vil personer eller foretak som representerer konsumentensiden samtidig være produsenter i et annet marked. Forbrukernes interesser i krrl. § 1, annet ledd viser således til etterspørernes interesser på alle markeder og ikke bare sluttbrukernes interesser⁶⁴.

Departementet vurderte uttrykkelig om forbrukerhensyn burde tas inn i formålsbestemmelsen men kom til at det ikke var nødvendig⁶⁵. Departementet begrunnet det med at *”I markeder med virksom konkurranse har forbrukerne valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester. Trusselen om å miste kunder til en konkurrent på grunn av høye priser, dårlig kvalitet eller mangelfullt utvalg, disiplinere tilbyderne. Å fremme konkurranse bidrar dermed til å fremme forbrukerpolitiske mål”*.

Graverutvalget kom så vidt inn på spørsmålet om lovens formål. Utvalgets standpunkt var at endringer i lovens formål i utgangspunktet burde gjøres som ledd i en beslutning om å endre den kurs eller praksis myndighetene har lagt opp⁶⁶. Utvalget mente at det ikke var et ønske om en kursendring som begrunnet en ny lov, men en omlegging av de rettslige og administrative virkemidler som skal brukes for å realisere konkurransepolitikken. Konklusjonen ble at formålet med konkurransepolitikken i all hovedsak lå fast i forhold til 1993-loven. Det kan dermed sies at Graverutvalget implisitt ga sin tilslutning til Ryssdalutvalgets standpunkt om at forbrukerhensyn ikke skulle være en del av konkurranselovens formål.

Imidlertid tilføyde Stortinget en ny § 1, annet ledd om at det skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser⁶⁷. Spørsmålet er hvilken betydning forbrukertillegget har for tolkning av reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Skal det heretter legges

⁶⁴ Jfr. Norsk Konkurranserett, bind, s.117-118

⁶⁵ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s.32-33

⁶⁶ Jfr. NOU 2003:12 s.50

⁶⁷ Jfr. Innst.O. Nr. 50(2003-2004), s.31

til grunn en konsumentvelferdsstandard i fusjonskontrollen, eller innebærer tillegget kun en slags programerklæring uten konkrete rettslige følger?

I Konkurransetilsynets vedtak i Prior / Nordgården blir problemstillingen behandlet. I vedtaket uttalte Konkurransetilsynet at kostnadsbesparelser som kommer forbrukerne til gode i form av lavere priser skal tillegges større vekt enn andre kostnadsbesparelser. Tilsynet mente at besparelser i faste kostnader i liten grad forventes å bli overført til forbrukerne i form av prisreduksjoner, og la dermed mindre vekt på denne type kostnadsbesparelser i avveiningen⁶⁸. Tilsynet konkluderte med at foretakssammenslutningen ville føre til et netto samfunnsøkonomisk tap, slik at vilkårene for inngrep var oppfylt⁶⁹.

Konkurransetilsynets vedtak i Prior / Nordgården ble imidlertid klaget inn til FAD som omgjorde avgjørelsen. FAD konkluderte med at innføringen av forbrukerhensynet i § 1, annet ledd ikke innebar noen realitetsendring i forhold til 1993-loven og la til grunn at totalvelferdsstandarden fortsatt skulle gjelde⁷⁰. Således vil et eventuelt skille mellom effektivitetsgevinster som skyldes faste eller variable kostnader være uten betydning. FAD uttalte at de mener at Stortingets tilføyelse av annet ledd i formålsparagrafen ikke var ment å endre rettsituasjonen på dette punkt, men at flertallet i komiteen ønsket å tydeliggjøre at en god konkurransepolitikk også kommer forbrukerne til gode. Videre mente FAD at man måtte forvente at Stortinget hadde begrunnet det mer eksplisitt dersom meningen var å legge om kontrollen med foretakssammenslutninger.

Etter dette er det klart at departementet fortsatt vil praktisere en totalvelferdsstandard i fusjonssaker.

Til tross for FADs vedtak i Prior / Nordgården uttalte Konkurransetilsynet i Falck / Viking⁷¹ at de la ”noe vekt på at et forventet resultat av ervervet er prisøkning for

⁶⁸ Jfr. V2005-12 s.32-33

⁶⁹ Ibid. s.36-37

⁷⁰ Se FADs vedtak av 6.2.2006 i sak V2005-12 Prior / Nordgården, s.19-20

⁷¹ Jfr. V2006-490 s.27

forbrukerne uten at dette kompenseres gjennom et bedre produkt eller andre fordeler”.

Det kan se ut som om tilsynet mener at det er grunn til å tillegge forbrukerhensyn noe vekt selv om det ikke gjelder en konsumentvelferdsstandard. Så vidt jeg kan se ser det likevel ut til at tilsynet i senere vedtak i fusjonssaker har fulgt FADs praksis og lagt til grunn en totalvelferdsstandard.

Etter dette må det kunne legges til grunn at det gjelder en totalvelferdsstandard ved anvendelsen av fusjonskontrollreglene i Norge.

2.2.4 Hvilken standard bør legges til grunn?

2.2.4.1 Innledning

Som konkludert over gjelder totalvelferdsstandarden i Norge. Det er imidlertid ikke gitt at denne standarden bør legges til grunn de lege ferenda. Det er fortsatt diskusjoner om dette i juridisk og økonomisk litteratur både i Norge og internasjonalt.

2.2.4.2 EU-retten

I EU-retten har det vært skepsis mot å tillate en fusjon begrunnet ut ifra effektivitetsgevinster. FKF 2004 innebærer en endring på dette området idet fortalens premiss 4 og 29 forutsetter at effektivitetsgevinster kan hensyntas. Ifølge Kommisjonens retningslinjer er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at effektivitetsgevinstene skal komme i betraktning, de må være fusjonsspesifikke, dokumenterbare og til en viss grad komme forbrukerne til gode⁷². Det kan dreie seg om lavere priser eller at forbrukerne får tilgang til nye eller forbedrede produkter. Dette siste vilkåret henviser til en konsumentvelferdsstandard og skiller seg dermed fra hva som gjelder etter norsk rett. Kommisjonens retningslinjer og praksis gir, som nevnt under pkt. 1.4, veiledning også for foretakssammenslutninger som blir behandlet etter de norske reglene.

⁷² Se Horizontal Mergers Guidelines para 78-84

Ifølge Kommisjonens retningslinjer vil kostnadsreduksjoner i variable eller marginale kostnader oftere være en relevant effektivitetsgevinst enn reduksjoner i faste kostnader. Begrunnelsen er at det er mer sannsynlig at slike kostnadsreduksjoner vil føre til lavere priser for forbrukerne⁷³. Imidlertid ekskluderes ikke kostnadsreduksjoner i faste kostnader fullstendig. Det kan ha sammenheng med at på lang sikt er alle kostnader variable samt at grensen mellom faste og variable kostnader ikke alltid er like enkel å trekke⁷⁴.

2.2.4.3 Amerikansk rett

Inngrepskriteriet i USA fremgår av The Clayton Act, section 7 som forbyr erverv når ”the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”. I USA har formålet med konkurransereglene vært mye diskutert. Diskusjonen har sitt opphav i uenighet om den amerikanske Kongressen la en konsument- eller totalvelferdsstandard til grunn ved vedtagelsen av antitrust-lovene⁷⁵. US Supreme Court har ikke avklart spørsmålet. Domstolene i USA har flere ganger uttalt at formålet er å maksimere forbrukernes velferd. I USA er det imidlertid vanlig å bruke dette uttrykket mer eller mindre synonymt med effektiv ressursbruk og ikke om fordelingen av det samfunnsøkonomiske overskudd⁷⁶. Østbye mener at man kan legge til grunn at totalvelferdsstandarden gjelder i USA, i alle fall på føderalt nivå, selv om ”consumer welfare” ofte blir omtalt som formålet med konkurransereglene⁷⁷. De amerikanske retningslinjene for fusjoner fra 1992 la til grunn en konsumentvelferdsstandard⁷⁸. De nye retningslinjene fra 2010 ser også ut til å legge en konsumentvelferdsstandard til grunn⁷⁹.

I amerikansk rett synes spørsmålet om velferdsstandard ennå å være uavklart.

⁷³ Ibid. para 80

⁷⁴ Se for eks. Lindsay, s.532

⁷⁵ Jfr. Norsk Konkurranserett, bind 1, s.110

⁷⁶ Se Østbye s. 28-29

⁷⁷ Ibid. s.86

⁷⁸ U.S. Horizontal Mergers Guidelines 1992, kap.4. s.31

⁷⁹ Jfr. US Horizontal Mergers Guidelines 2010, s. 30

2.2.4.4 Praksis fra andre land

De fleste andre land i Europa legger også en konsumentvelferdsstandard til grunn ved fusjonskontrollen⁸⁰. Nedenfor viser jeg til to eksempler fra henholdsvis Nederland og Storbritannia. I begge sakene ble foretakssammenslutningene godkjent på bakgrunn av at effektivitetsgevinstene ble ansett som fusjonsspesifikke, vel dokumenterte og sannsynlig at de ble overført til konsumentene.

De nederlandske konkurransemyndighetene klarerte De Telefoongids oppkjøp av Gouden Gids i august 2008. Foretakssammenslutningen mellom de to selskapene, som driver med telefonkatalog og online nummeropplysningstjenester ('gulesider-fusjonen'), er et av få eksempler der effektivitetsforsvaret har fått gjennomslag⁸¹. De Telefoongids og Gouden Gids var de to store aktørene innen nummeropplysningstjenester i Nederland. Det var begrenset konkurranse mellom de to selskapene før foretakssammenslutningen. Konkurranse fra andre aktører var også begrenset, men likevel større enn konkurransen mellom de to selskapene.

Mange av annonsørene annonserte i begge katalogene, fordi brukere av tjenesten som regel bare søker i én katalog. Det som kanskje skiller denne saken fra andre foretakssammenslutninger er at effektivitetsgevinstene i hovedsak ble realisert på etterspørselssiden. Det vil si at annonsørene sparte kostnader, siden de annonsørene som hadde annonsert i begge katalogene etter sammenslåingen bare trengte å annonsere i én katalog. Samtidig ville de annonsørene som fra før sammenslåingen bare hadde annonsert i én katalog også kunne oppnå fordeler ved at de i tillegg ville nå brukerne av den andre katalogen. Det vanlige er at effektivitetsgevinstene realiseres på tilbudssiden, i form av kostnadsreduksjoner i produksjonen. Likevel var besparelser i driftskostnader, til trykking, distribusjon og salg, bakgrunnen for at foretakene kunne bære inntektstapet

⁸⁰ Jfr. f.eks. Sørgard som omtaler Norge som "anderledeslandet" i forhold til valg av velferdsstandard i sin artikkel "Bør vi fortsatt være anderledeslandet".

⁸¹ Jfr. "When One is Enough?-Effects-Based and Efficiencies Analysis in Practice", [2009] E.C.L.R., s.403-406.

som følge av at de annonsørene som tidligere hadde annonsert i begge katalogene nå bare annonserte i den ene katalogen.

En dokumenterbar og fusjonsspesifikk gevinst ved å slå sammen de to selskapene var at annonsørene ville nå et større publikum. I tillegg hadde de to katalogene samme målgruppe. Samtidig ville effektivitetsgevinstene overføres til konsumentene direkte, og det var derfor ikke nødvendig å vise hvordan kostnadsbesparelser i produksjonen ville gi seg utslag i lavere priser. Det var imidlertid nødvendig for det fusjonerte foretak å vise at fordelene ikke ville bli utlignet av en prisøkning⁸².

”The UK Radio Case” er et annet eksempel på at effektivitetsgevinstene ble tillagt vekt. OFT, konkurransemyndighetene i UK, godkjente i august 2008 at Global Radio UK Ltd. kjøpte opp GCap Media Plc. OFT fant for det første at sendetid kunne selges mer effektivt siden annonsørene bare trengte å kjøpe én pakke av sendetid fra en stor aktør, i stedet for å måtte gjøre avtaler med mange små radiostasjoner. Dette ville føre til reduserte transaksjonskostnader. OFT fant også at det fusjonerte foretak ville få insentiver til å fokusere på smalere målgrupper. Små og uavhengige radiostasjoner som konkurrerer vil gjerne prøve å nå ”den gjennomsnittlige lytteren”, for å nå så mange lyttere som mulig. Motsatt dersom flere radiostasjoner slås sammen og får én eier, så vil denne eieren kunne ha mulighet til å imøtekomme ulike lyttergrupper ved å differensiere stasjonene. Det vil ikke være risiko for å miste lyttere til konkurrenten. Annonsørene vil også vinne på dette siden det er større sannsynlighet for å nå sin målgruppe. Samlet eierskap av radiostasjoner fører således til at annonsørene når sine målgrupper mer effektivt. De nevnte effektivitetsgevinstene er dokumenterbare, fusjonsspesifikke og kommer konsumentene til gode⁸³.

”Gulesider-fusjonen” og ”the UK Radio Case” har til felles at også konsumentene, henholdsvis brukerne og lytterne, oppnådde fordeler. Brukerne av gulesider finner nå alle annonsene på et sted og radiolytterne vil høste fordeler av større utvalg av radiokanaler. Foretakssammenslutninger innen mediebedrifter kan være unike fordi hva

⁸² Ibid. s.405

⁸³ Ibid. s.405-406

som er fordelaktig for partene også vil være det for annonsørene og omvendt. Av dette følger at alle sider av markedet oppnådde direkte og samtidige fordeler av foretakssammenslutningen⁸⁴.

2.2.4.5 Juridisk og økonomisk teori

Kolstad argumenterer for at forarbeidene sett i sammenheng taler for at krrl. § 1, annet ledd må tolkes dit hen at det skal legges en konsumentvelferdsstandard til grunn ved anvendelse av konkurranseloven⁸⁵.

Økonomer har tradisjonelt argumentert for bruk av totalvelferdsstandarden. Størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd anses som det beste for samfunnet. Dersom dette skulle føre til en uheldig fordeling av ressursene kan man omfordele på andre måter, for eksempel gjennom skattesystemet. Østbye argumenterer for at totalvelferdsstandarden er enklere å anvende i praksis⁸⁶, blant annet fordi det er store utfordringer forbundet med å analysere nettovirkningene for konsumentene.

Farrell og Katz drøfter valg av velferdsstandard. De kommer til at det avhenger av om man ser på konkurransereglene som et middel til å fremme effektivitet eller fordeling. Videre konkluderer de med at dersom formålet med konkurransereglene er å maksimere totalvelferden, bør totalvelferdsstandarden legges til grunn. Imidlertid peker de på at det finnes argumenter for at konsumentvelferdsstandarden kan være et bedre virkemiddel for å fremme totalvelferden i konkrete saker⁸⁷. Likevel finner de ikke grunnlag for å konkludere med at konsumentvelferdsstandarden er å foretrekke på prinsipielt grunnlag.

Professor i økonomi Lars Sørgeard stiller spørsmålet om ikke de norske reglene om kontroll med foretakssammenslutninger bør harmoniseres fullt ut med EU-reglene. Han uttaler at det er vanskelig å se noen sterke prinsipielle argumenter for at Norge opererer

⁸⁴ Ibid s.406

⁸⁵ Norsk Konkurranserett Bind 1, s. 116 og ”Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme ”forbrukernes interesser”” s.16

⁸⁶ Østbye s.107

⁸⁷ Farrell og Katz s.32-33

med en annen velferdsstandard enn EU⁸⁸. Han argumenterer for at konsumentvelferdsstandarden kan være fordelaktig, selv om formålet er å maksimere totalvelferden. Årsaken er at samfunnet ikke nødvendigvis klarer å oppnå den tilpasningen hvor samfunnsøkonomisk overskudd maksimeres⁸⁹.

Han peker på flere forhold som kan tale for at konsumentvelferdsstandarden er gunstig. For det første vil en konsumentvelferdsstandard bidra til å redusere problemer i forhold til informasjonsskjevheter mellom konkurransemyndigheter og de involverte bedriftene. For det annet kan muligheten til å drive lobbyvirksomhet reduseres. En bedrift som er i konkurransemyndighetenes søkelys vil ha stor interesse i å prøve å påvirke beslutningstakerne og opinionen. Gjelder en totalvelferdsstandard kan bedriften argumentere med kostnadsbesparelser i bedriften. Slike argumenter kan være vanskeligere for konkurransemyndighetene å overprøve. Ved forbrukervelferdsstandarden vil det være mindre rom for denne type argumentasjon, siden myndighetene kun vil ta hensyn til kostnadsbesparelser som kommer forbrukerne til gode. For det tredje kan en overgang til konsumentvelferdsstandarden påvirke hvilke fusjoner bedriftene foreslår. Dersom en konkurransebegrensende fusjon i større grad er utelukket kan bedriftene heller fokuserer på å igangsette fusjoner som ikke har konkurransedepende effekt, noe som kan være gunstig for samfunnet. For det fjerde kan saksbehandlingen bli enklere og utfallet mer forutsigbart for partene. Han peker på at de fleste land har valgt en konsumentvelferdsstandard og at de har funnet praktiske løsninger for å komme frem til hvem som er vinnere og taper av en foretakssammenslutning. Ved bruk av totalvelferdsstandard er det spesielt store usikkerheter forbundet med å kartlegge graden av sløsing, jfr. pkt. 3.3.4 om x-ineffektivitet. Det vil ikke være nødvendig å kartlegge sløsingensgraden ved en konsumentvelferdsstandard, da fokus er på kostnadsbesparelser som kommer forbrukerne til gode.

⁸⁸ Jfr. ”Fusjonskontroll i Norge: Bør vi fortsatt være anderledeslandet”, publisert i ”Konkurranseloven fem år. Erfaringer og reformbehov” s.28-38

⁸⁹ Jfr. figur 1 foran som viser den optimale tilpasningen i en frikonkurransemodell.

Likevel uttaler Sørgeard at *”Det er ikke mulig på prinsipielt grunnlag å si hvilken av de to velferdsstandardene som er den beste for samfunnet.”*, men *”det kan tenkes situasjoner der samfunnet faktisk kan tjene på det å avvike fra en totalvelferdsstandard, som i en ideell verden er den korrekte”*⁹⁰.

2.2.4.6 Oppsummering

Departementet har slått fast at det fortsatt er totalvelferdsstandarden som skal legges til grunn ved anvendelse av reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. I lys av de motargumenter som finnes mot totalvelferdsstandarden er spørsmålet hvorvidt man bør legge denne til grunn.

Som redegjort for ovenfor er det flere økonomer og jurister som argumenterer for at konsumentvelferdsstandarden bør legges til grunn. På den andre siden er det også argumenter til fordel for totalvelferdsstandarden, som også tradisjonelt har vært foretrukket av økonomer. Jeg er enig med Farrell & Katz i at valg av standard i stor grad avhenger av hva man mener formålet med konkurransereglene bør være. Spørsmålet er da om konkurranserett er et egnet middel til å drive fordelingspolitikk. I forarbeidene til 1993-loven⁹¹ uttales det at hensynet til inntektsfordelingen bør ivaretas gjennom andre tiltak, først og fremst gjennom skatte- og trygdepolitikken.

Andre argumenter i favør av konsumentvelferdsstandarden er at EU anvender den. Som nevnt tidligere er atferdsreglene i §§ 10 og 11 harmonisert med EU-reglene. Det går også uttrykkelig frem av § 10, tredje ledd at forbrukerne skal sikres en rimelig andel av effektivitetsgevinstene. Her uttrykkes det direkte i lovteksten at virkningen for forbrukerne er avgjørende. Det kan også argumenteres for at det er uheldig at man vektlegger forbrukerhensyn i ulik grad i forhold til atferdsreglene og fusjonskontrollreglene. De fleste andre land anvender også konsumentvelferdsstandarden. Det taler for at norsk rett bør harmoniseres med EU-retten på dette området.

⁹⁰ Se artikkelen, s.33

⁹¹ Jfr. NOU 1991:27 s.80

Det ligger mange forutsetninger til grunn for den frikonkurransemodellen som viser at størst mulig totalvelferd er det beste for samfunnet⁹². I den virkelige verden er disse forutsetningene sjelden eller kanskje aldri oppfylt. Det betyr at i den virkelige verden klarer man kanskje ikke å oppnå den tilpasningen som gir størst mulig totalvelferd. Så selv om totalvelferdsstandarden er den beste for samfunnet i en ideell verden er det altså ikke sikkert den vil være det i den virkelige verden. Dersom det skulle vise seg å stemme at konsumentvelferdsstandarden kan være fordelaktig også når formålet er å maksimere totalvelferden, mener jeg at Norge bør vurdere å harmonisere med EU på dette punktet.

2.2.5 Gjeldende rett: Samfunnsøkonomiske nettogevinster

2.2.5.1 Innledning

En bedriftsøkonomisk kostnadsbesparelse gir kun en økning i totalvelferden i den grad den gir en nettogevinst i samfunnsøkonomisk forstand. Hva skal så til for at en bedriftsøkonomisk kostnadsbesparelse samtidig innebærer en samfunnsøkonomisk nettogevinst?

Dersom en bedriftsøkonomisk gevinst motsvares av en direkte kostnad hos andre aktører vil det kun være en omfordeling av ressurser, og ikke en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse. Bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser hos produsentene vil kunne resultere i kostnader for etterspørrene i form av et mer begrenset tilbud. For eksempel dersom filialer nedlegges, vil det kunne innebære at forbrukerne må stå lengre i kø eller reisetiden blir lengre. Den økte tidsbruken vil ikke bare representere en kostnad for forbrukerne, men også for samfunnet⁹³. Spesialisering i produksjonen kan også føre til at det blir produsert færre varianter av produkter. At varer som etterspørres ikke produseres, innebærer at ressursene ikke utnyttes optimalt i samfunnsøkonomisk forstand.

⁹² Jfr. pkt. 2.2.2.2 vedrørende frikonkurransemodellen og dens forutsetninger

⁹³ Se Kolstad, s.281

Ved den nærmere vurdering av hvorvidt bedriftsøkonomiske gevinster faktisk gir samfunnsøkonomiske nettogevinster er det nødvendig å undersøke de relevante gevinstene konkret. Jeg vil i det følgende nærmere redegjøre for noen av de vanligste bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser som blir påberopt i forbindelse med foretakssammenslutninger. Punktene 2.2.5.2 til 2.2.5.8 handler om horisontale fusjoner og pkt. 2.2.5.9 omhandler særlige forhold ved ikke-horisontale foretakssammenslutninger.

Horisontale fusjoner er fusjoner mellom aktører på samme nivå i produksjonskjeden, som gjerne er konkurrenter, et eksempel er foretakssammenslutningen mellom Prior og Nordgården⁹⁴. Horisontale fusjoner er gjerne ansett for å være en større trussel mot konkurransen enn vertikale eller konglomerate fusjoner⁹⁵.

2.2.5.2 Stordriftsfordeler

Stordriftsfordeler vil si at en bedrift ved større produksjonsnivå kan produsere sine produkter til en lavere gjennomsnittskostnad enn bedrifter med lavere produksjon. Med andre ord så vil kostnadene pr. enhet med å fremstille et produkt reduseres i takt med økende produksjonsomfang. Stordriftsfordeler omfattes av målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser. I forarbeidene til 1993-loven⁹⁶ ble det påpekt at kostnadsbesparelser er ressursbesparende og bør derfor tilskyndes på bakgrunn av et effektivitetsargument.

De gjennomsnittlige produksjonskostnadene reduseres ved en økning i produksjonen og dersom kapasiteten på produksjonsanleggene utvides. Gjennomsnittskostnadene vil synke helt til bedriften når sin minste effektive skala ("MES"), det vil si på det nivået der gjennomsnittskostnadene er minimert. Dersom bedriften produserer utover sin MES vil gjennomsnittskostnadene øke igjen, slik at det ikke vil være lønnsomt for bedriften. Årsaken til at gjennomsnittskostnaden stiger igjen kan blant annet være at stor

⁹⁴ Jfr. V2005-12

⁹⁵ Jfr. Wish s.799

⁹⁶ Jfr. NOU 1991:27 s.89

produksjon fører til slitasje på produksjonsutstyret slik at det oftere er nødvendig med reparasjoner og vedlikehold. Det kan også være at større bedrifter blir mer ”tungrodd” slik at omstillinger i produksjonen ikke skjer tilstrekkelig raskt⁹⁷.

Stordriftsfordeler i administrasjonen kan realiseres ved at flere foretak samler sine administrative oppgaver i en felles enhet. Muligheten for stordriftsfordeler er større dersom foretakene driver samme type virksomhet og som det kreves noenlunde samme type kunnskap for å administrere⁹⁸. Reduserte transportkostnader kan også utgjøre en stordriftsfordel. En samordning av transportvirksomheten kan føre til at den utføres mer effektivt.

2.2.5.3 Nedbemanning

I mange fusjonssaker er ofte en del av de anførte kostnadsbesparelsene knyttet til reduksjon i antall ansatte⁹⁹. Nedbemanning kan imidlertid også innebære en samfunnsøkonomisk kostnad. I DnB NOR saken anførte partene at vederlagsordninger¹⁰⁰ i forbindelse med nedbemanning er en ren inntektsoverføring fra selskapet til de ansatte, og ingen samfunnsøkonomisk kostnad¹⁰¹. Tilsynet mente derimot at det ikke var opplagt at sluttpakker kun innebærer en omfordeling av ressursene fra selskapet til de ansatte.

Nedbemanning påfører de berørte arbeidstakerne omstillingskostnader. For mange vil det ta tid og finne ny jobb. Enkelte må kanskje også omskolere seg, mens andre må flytte. Tiden det tar å finne ny jobb kan således medføre en økonomisk og sosial belastning. Andre vil kanskje pensjonere seg noen år tidligere enn de ellers ville ha gjort. For mange vil sluttpakkene fungere som en kompensasjon for

⁹⁷ Se Kolstad, s.284-294.

⁹⁸ Ibid. s.300

⁹⁹ Se f.eks. V2003-61 DnB NOR s.85, V2005-12 Prior / Nordgården s.35

¹⁰⁰ F.eks. sluttpakker

¹⁰¹ Til støtte for dette synspunkt se ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp” s.224 i Konkurranseloven i samfunnets interesse

omstillingskostnadene. Tilsynet mente at sluttpakkene kunne gi en indikasjon på de individuelle omstillingskostnadene¹⁰².

Videre uttalte tilsynet at de samfunnsøkonomiske omstillingskostnadene er høyere enn de privatøkonomiske, idet det offentlige bærer mange av de kostnadene som påføres arbeidstakerne gjennom trygdeutbetalinger. Tilsynet konkluderte med at ”alle omstillingskostnadene reflekterer reelle samfunnsøkonomiske kostnader”. Tilsynet påpekte at nedbemanning ofte vil innebære større kostnadsbesparelser for bedriftene enn for samfunnet. Generelt når en skal beregne virkningen for samfunnet er det helt avgjørende i hvilken grad arbeidskraften går over i annen virksomhet, i motsetning til å gå over i frivillig eller tvungen arbeidsledighet¹⁰³.

Konkurransetilsynet godkjente Panoramas oppkjøp av Bordsølv¹⁰⁴ på bakgrunn av at Panorama dokumenterte samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som en følge av ervervet. Etter en samlet vurdering konkluderte tilsynet med at virkningene av de antatte begrensninger av konkurransen oppveies av effektivitetsgevinstene, og at vilkåret for å gripe inn mot ervervet etter konkurranseloven § 16 således ikke var oppfylt. De anførte effektivitetsgevinstene knyttet seg i hovedsak til kostnadsbesparelser som følge av nedleggelse av Bordsølvs produksjonsanlegg i Kragerø og Oslo-kontoret¹⁰⁵.

Som følge av nedleggelsen av produksjonsanlegg i Kragerø skulle driften der flyttes til et annet produksjonsanlegg. Dermed ville det bli en reduksjon i produksjonsmedarbeidere, bortfall av kostnader til husleie, samt reduksjon i driftskostnader som ville medføre effektivitetsgevinster.

Det ble også anført effektivitetsgevinster som følge av nedleggelse av Bordsølvs salgskontor i Oslo. Funksjonene som skulle videreføres skulle flyttes til Panoramas

¹⁰² Jfr. V2003-61 s.85

¹⁰³ Se ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp” s.224-225 i Konkurransen i samfunnets interesse

¹⁰⁴ Jfr. A2006-66

¹⁰⁵ Jfr. Fullstendig melding av foretakssammenslutning: Panorama AS / Bordsølv, datert 17.08.06., pkt. 9.2.

hovedkontor i Arendal. Det ble også konkret angitt hvor mange stillinger som kunne kuttes og reduksjon i arbeidskostnader¹⁰⁶. Det ble videre redegjort for at driftskostnadene kunne reduseres betydelig ved flytting, samtidig som at de kom inn på at overføring til Arendal også kunne medføre en økning i Panoramas driftskostnader.

Tilsynets avgjørelse viser til en samlet vurdering og gir ingen nærmere begrunnelse for avgjørelsen. Likevel må tilsynet i denne saken ha vurdert at gevinstene ved nedleggelse og nedbemanning var større enn de samfunnsøkonomiske kostnadene og dermed representerte en samfunnsøkonomisk nettogevinst.

2.2.5.4 Spesialiseringsgevinster

Spesialiseringsgevinster oppnås ved at bedriften konsentrerer seg om å produsere det den kan best, og øker produksjonen av de produktene. Det gikk frem av retningslinjene etter 1993-loven at Konkurransetilsynet vektlegger spesialiseringsgevinster i fusjonssaker¹⁰⁷. Det kan også forekomme en ”læreeffekt” ved spesialisering i produksjonen. Ansatte kan bli mer effektive ved å arbeide mer spesialisert og konsentrere seg om noen få oppgaver. Henry Fords samlebåndsproduksjon av biler er en illustrasjon på dette¹⁰⁸. Imidlertid er det en risiko for at monotone og lite spennende arbeidsoppgaver kan gå utover motivasjonen til arbeiderne og gi redusert effektivitet. Spesialiseringsgevinster kan også realiseres ved å spesialisere distribusjonen. Størrelsen på transportkostnadene er i stor grad avgjørende for om økt spesialisering vil gi en gevinst. Ved spesialisering vil gjerne størrelsen på produksjonsvolumet øke kraftig slik at produktene må spres på et større geografisk område. Det betyr at for produkter som er billige å transportere vil spesialisering lønne seg, mens for produkter som medfører større transportkostnader vil spesialisering ikke være fullt så lønnsomt.

¹⁰⁶ Tallene er imidlertid unntatt offentlighet, jfr. pkt. 9.2.2 i den fullstendige meldingen, se note 80.

¹⁰⁷ Jfr. de interne retningslinjene for bedriftsservv, pkt. 4.1.

¹⁰⁸ Mer om ”læreeffekt” se Scherer / Ross s.98-99

2.2.5.5 Samproduksjonsfordeler

Samproduksjonsfordeler innebærer at kostnadene ved å fremstille en kombinasjon av flere produkter blir lavere enn kostnadene ved å produsere hvert produkt enkeltvis¹⁰⁹. Samproduksjon kan gi mer fleksibilitet i forhold til å møte etterspørselen. Dersom produksjonen stanses i en av bedriftene kan ledig kapasitet hos en annen bedrift dekke bortfallet av produksjonen helt eller delvis. Tilsvarende kan man møte økt etterspørsel på et marked ved å utnytte ledig kapasitet på andre markeder, såfremt transportkostnadene ikke er for høye¹¹⁰. Dersom distribusjon av to forskjellige produkter kan gjøres billigere under ett enn hver for seg vil det kunne sies å være en samproduksjonsfordel.

2.2.5.6 Overføring av kunnskap

En foretakssammenslutning kan føre til at flere produsenter får ta del i for eksempel kunnskap om teknologi eller markedsforhold, som kan resultere i lavere produksjonskostnader. Det vil gi samfunnet en effektivitetsgevinst gjennom forbedret indre effektivitet. På den andre siden kan det stilles spørsmålsteget ved om overføring av kunnskap bør anses som en relevant kostnadsbesparelse. Teorien om at fri konkurranse er samfunnsøkonomisk gunstig baserer seg på at markedsaktørene skal jobbe for å overgå sine konkurrenter, i motsetning til å søke å finne en å samarbeide med som kan utfylle eventuelle svake sider¹¹¹.

2.2.5.7 Bedre innkjøpsbetingelser

Kjøp av innsatsfaktorer i større kvanta gir ofte en lavere pris enn kjøp av små kvanta. Dersom prisavslaget skyldes at leverandøren kan rasjonalisere produksjonen på grunn av det store volumet vil det innebære en samfunnsøkonomisk nettogevinst. På den andre siden kan man tenke seg at en fusjon fører til at foretaket oppnår større grad av markedsakt overfor leverandører og derfor klarer å presse ned innkjøpsprisene. Den ekstra gevinsten det fusjonerte selskapet dermed får, vil i stor grad motsvares av et tap i

¹⁰⁹ Jfr. NOU 1991: 27 s.88

¹¹⁰ Se Kolstad s.298

¹¹¹ Ibid. s.300

fortjeneste hos leverandørene. Det dreier seg da om en inntektsoverføring fra leverandører til det fusjonerte selskapet, og ikke noen samfunnsøkonomisk gevinst¹¹². Østbye hevder at fusjonspartene ofte gjør den feilen å anføre fordelingsgevinster som effektivitetsgevinster¹¹³. I klagevedtaket i Gilde / Prior-saken, hvor FAD opphevet Konkurransetilsynets vedtak¹¹⁴ om å forby fusjonen, ble dette spørsmålet behandlet. FAD uttalte at reduserte innkjøpspriser som skyldes at det fusjonerte selskapet har økt sin kjøpermakt ikke skal regnes med blant effektivitetsgevinstene¹¹⁵.

Departementet vurderte også om dette kunne bli annerledes dersom det handlet om reduserte priser på innsatsfaktorer importert fra utlandet. FAD fant støtte i krrl. § 1, jfr. § 5, at det var effektiv ressursbruk i Norge som skulle legges til grunn for den konkurranserettslige analysen. Konklusjonen ble at *”reduserte innkjøpspriser på utenlandske innsatsfaktorer er en effektivitetsgevinst i konkurranserettslig forstand uavhengig om prisreduksjonen skyldes reelle effektivitetsgevinster eller en ren overføring fra utenlandske produsenter til kunder i Norge”*¹¹⁶. Konkurranselovens geografiske virkeområde har således betydning for vurderingen av effektivitetsgevinstene. Denne avgrensningen innebærer videre at effektivitetsgevinster som kun får virkning i utlandet ikke skal regnes med.

Denne løsningen er imidlertid ikke uproblematisk. Den innebærer at kostnadsbesparelser som følge av at norske foretak kan misbruke markedsrett i utlandet faktisk betraktes som en samfunnsøkonomisk nettogevinst i Norge¹¹⁷. En annen side ved løsningen er at et foretak som har utenlandske eiere ikke nødvendigvis vil få godskrevet mer effektiv produksjon som en relevant effektivitetsgevinst, fordi gevinstene kan bli ført ut av landet¹¹⁸. Samtidig kan det ikke utelukkes at en kostnadsgevinst vil ha positive virkninger i Norge selv om foretaket har utenlandske

¹¹² Se ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp”, s.224 i Konkurransen i samfunnets interesse

¹¹³ Jfr. Østbye s.105

¹¹⁴ V2006-223

¹¹⁵ Jfr. FADs vedtak av 05.10.06 s.29

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Jfr. Kolstad s.282

¹¹⁸ ”Kontroll med oppkjøp og fusjoner under ny norsk konkurranselov”, TtF 2004-2 s.238

eiere. En løsning hvor effektivitetsgevinster realisert i foretak med utenlandske eiere ikke regnes som relevante synes å være uheldig.

2.2.5.8 Reduserte markedsføringsutgifter

Reduserte markedsføringsutgifter kan tenkes å gi effektivitetsgevinster, såfremt det er snakk om informativ markedsføring som tar sikte på å bedre etterspørernes kunnskap om produkter. Markedsføring som derimot kun har til hensikt å endre etterspørernes preferanser vil ikke gi noen effektivitetsgevinst. Det kan argumenteres for at Konkurransetilsynet bør avstå fra å vurdere om reduserte markedsføringsutgifter kan være en relevant effektivitetsgevinst¹¹⁹. Begrunnelsen er at det er vanskelig å få informasjon om hvordan markedsføringen vil utformes i fremtiden og om eventuelle samfunnsøkonomiske virkninger ved markedsføringen.

2.2.5.9 Nærmere om effektivitetsgevinster ved ikke-horisontale fusjoner

Vertikal integrering skjer mellom to foretak som opererer på forskjellige trinn i produksjonskjeden, men at de er komplementære¹²⁰. Et typisk eksempel er om produsenten av et produkt fusjonerer med en av sine distributører. Et eksempel på en ikke-horisontal fusjon er foretakssammenslutningen mellom BBS og Teller¹²¹, som ble godkjent på vilkår. BBS driver virksomhet innen betalingsterminaler og innsamling og er innløser- og utstederprosessor for BankAxept-transaksjoner. Tellers virksomhetsområde er i hovedsak innen innløsning av internasjonale korttransaksjoner. De involverte foretakene vil samlet være aktive på begge sider av betalingssystemet og nærmest alle ledd av verdikjeden innen kortbasert betalingsformidling i Norge¹²².

Konglomeratfusjoner er fusjoner mellom foretak som verken er i et horisontalt eller vertikalt forhold. Det kan være fusjoner mellom foretak som er opererer i markeder som er nært relatert. Et eksempel er fusjoner mellom tilbydere av komplementære produkter,

¹¹⁹ Se s.314-315 i Norsk konkurranserett, bind 1.

¹²⁰ Jfr. Non-horizontal Mergers Guidelines I, 4.

¹²¹ Jfr. Konkurransetilsynets vedtak V2007-17

¹²² Jfr. V 2007-17 pkt. 4.2

dvs. produkter som utfyller hverandre¹²³. Komplementære produkter er produkter som man ofte bruker sammen, f.eks. DVD-spiller og DVD-film. Fusjoner mellom potensielle konkurrenter er også en konglomeratfusjon. Potensielle konkurrenter opererer gjerne enten i samme relevante produktmarked eller samme geografiske marked¹²⁴.

Ikke-horisontale fusjoner er i mindre grad egnet til å hindre effektiv konkurranse enn horisontale fusjoner. Det har sammenheng med at ikke-horisontale fusjoner ikke i samme grad vil medføre tap i direkte konkurranse. Horisontale fusjoner medfører derimot at en direkte konkurrent bortfaller og dermed reduseres konkurransen på det relevante markedet. Kommisjonen har også utarbeidet egne retningslinjer for ikke-horisontale fusjoner. Hensikten er at de skal supplere de horisontale retningslinjene i forhold til det som er særegent ved ikke-horisontale fusjoner. Mange vertikale og visse konglomerate fusjoner er kjennetegnet ved at virksomheten eller produktene til de involverte selskapene er komplementære. Integrasjon mellom komplementære produkter eller virksomheter til ett enkelt firma kan føre med seg betydelige effektivitetsgevinster og ha positiv virkning på konkurransen¹²⁵.

Likevel kan også ikke-horisontale fusjoner være skadelig for konkurransen, idet en slik fusjon kan medføre at tredjeparter blir utestengt fra markedet. For det andre kan den føre til at det inngås samarbeidsavtaler mellom det fusjonerte selskap og tredjeparter¹²⁶. Når det gjelder konglomerate fusjoner har det vært diskusjon om de i det hele tatt bør være gjenstand for kontroll. I USA anses ikke lenger konglomerate fusjoner for å være noen stor trussel mot konkurransen¹²⁷.

Kostnadsbesparelser kan oppstå ved at en produsent får kontroll over egen distribusjon. Normalt vil en produsent oppnå den mest kostnadseffektive distribusjon ved å la flere distributører konkurrere med hverandre. Konkurransen vil presse distributørene til å

¹²³ Jfr. Non-horizontal Mergers Guidelines, pkt. I, 5.

¹²⁴ Se Østbye s.98-99

¹²⁵ Jfr. Non-horizontal Mergers Guidelines pkt. II,11-13

¹²⁶ Se Wish s.800

¹²⁷ Se Hovenkamp s.559

redusere sine kostnader og sette priser ned mot grensekostnadene. Markedsstrukturen vil gjerne tilpasse seg over tid slik at distribusjonsenheterne produserer på minimum effektiv skala. Denne prosessen kan ta tid. Imidlertid vil prosessen kunne fremskyndes for eksempel ved en vertikal fusjon mellom produsent og flere distributører¹²⁸.

Transaksjonskostnader er de kostnader ut over selve prisen markedsaktørene må betale for å handle med hverandre. Transaksjonskostnadene er blant annet avhengig av den informasjon markedsaktørene har. For eksempel dersom kontraktsparter har ufullstendig informasjon vil partene gjerne legge ned mye ressurser i å utforme en avtale som tar alle eventualiteter i betraktning. Spørsmålet er om reduserte transaksjonskostnader er en relevant samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst ved vurderingen av ikke-horisontale foretakssammenslutninger.

Det kan tenkes at det vil kunne realiseres besparelser i transaksjonskostnader ved at en produsent fusjonerer med en distributør med sikte på å gjøre distribusjonen mer lønnsom. I praksis vil det sjelden kunne realiseres transaksjonskostnadsbesparelser ved en slik foretakssammenslutning fordi grunnleggende endringer i distribusjonsstrukturen vil kreve betydelige investeringer og vil kunne ta lang tid. Imidlertid vil det kunne realiseres kostnadsbesparelser hvis gevinstene allerede ligger latent i den eksisterende distribusjonsstrukturen. Eksempelvis vil reduserte kostnader som følge av at en produsent kjøper opp en av sine leverandører, og dermed får leverandørens produkter til kostpris, ikke være en samfunnsøkonomisk nettogevinst Dette vil kun vær en omfordeling av overskudd. Det er svært vanskelig å estimere transaksjonskostnadsbesparelser ved ikke-horisontale fusjoner¹²⁹. Imidlertid bør slike kostnadsbesparelser tillegges vekt i den grad de kan dokumenteres.

¹²⁸ Jfr. Kolstad s.308

¹²⁹ Jfr. Kolstad s.309-314 vedrørende transaksjonskostnader

2.3 Krav til dokumentasjon

2.3.1 Innledning

Effektivitetsgevinster er ofte vanskelige å bedømme. For det første er det gjerne partene selv som sitter på bevisene. For det andre er beregninger av effektivitetsgevinster en slags forespeiling om hva som skal skje i fremtiden, dermed er det ofte usikkerhet forbundet med slike beregninger.

I mange saker uttaler Konkurransetilsynet at det ikke er tilstrekkelig dokumentert at de anførte effektivitetsgevinstene utgjør samfunnsøkonomiske og fusjonsspesifikke gevinster¹³⁰. Tatt i betraktning at Konkurransetilsynet ofte avfeier effektivitetsgevinster fordi de ikke er godt nok dokumentert er det et interessant spørsmål hva som ligger i kravet om dokumentasjon. I tillegg reises spørsmålet om dokumentasjonskravet er for strengt.

2.3.2 Partene må fremlegge dokumentasjon

Konkurransetilsynet har en utredningsplikt etter forvaltningsloven. Det følger av fvl. § 17, første ledd, første punktum, at forvaltningsorganet skal påse at ”saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes”. Man kan imidlertid ikke tolke ordlyden helt bokstavelig. Hvor grundig man må være beror på en avveining av hensynet til forsvarlige resultater på den ene siden og hensynet til kostnadene og tidsfaktoren på den andre siden¹³¹. Forvaltningen må sørge for at faktum blir klargjort. Forvaltningen har plikt til å undersøke forhold og opplysninger som både er til gunst og til skade for partene, samt at opplysninger som legges frem av parter eller andre må kontrolleres. Bestemmelsen påbyr derimot ikke at forvaltningen selv skal innhente alle opplysninger. Utgangspunktet vil ofte være at det først og fremst er opp til partene å legge frem de relevante opplysningene som de mener taler for deres sak¹³². Konkurransetilsynet gjør i praksis ingen egne undersøkelser, men tar utgangspunkt i de kostnadsbesparelsene foretakene påberoper seg og den dokumentasjon de fremlegger. Dette er praktisk i

¹³⁰ Se for eksempel V2008-3 AS Norske Shell - spesifiserte eiendeler fra YX Energi Norge AS s.19

¹³¹ Jfr. Eckhoff / Smith s. 250

¹³² Jfr. Rettsdata, lovkommentar til fvl. § 17, første ledd.

fusjonssaker fordi det som nevnt er partene som gjerne har best oversikt over de kostnadsbesparelsene som kan realiseres. Etter fvl. § 17, første ledd har tilsynet imidlertid en plikt til å be om ytterligere opplysninger hvis dokumentasjonen virker mangelfull¹³³.

Det er strenge krav til at partene dokumenterer effektivitetsgevinstene. Det følger av forskriften om melding av foretakssammenslutninger¹³⁴ § 4 h) at eventuelle effektivitetsgevinster skal redegjøres for i fullstendig melding. Konkurransetilsynet har utarbeidet retningslinjer hvor innholdskravene er utdypet nærmere¹³⁵. Ifølge retningslinjene¹³⁶ kan redegjørelsen blant annet inneholde en beskrivelse av samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser som kan følge av stordriftsfordeler, rasjonalisering eller samproduksjonsfordeler. Redegjørelsen skal si noe om hvorfor de anførte effektivitetsgevinstene er en følge av foretakssammenslutningen og ikke kan realiseres på alternative måter.

Tilsynet legger også vekt på om det er utarbeidet interne dokumenter vedrørende vurdering av de samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelsene. Se for eksempel DnB NOR-fusjonen hvor tilsynet pekte på at partenes egne kostnadsberegninger i stor grad også ble bekreftet i flere eksterne vurderinger¹³⁷. Det at effektivitetsgevinstene var godt dokumentert og bekreftet i eksterne vurderinger er trolig en viktig årsak til at tilsynet aksepterte partenes beregninger av effektivitetsgevinstene i denne saken¹³⁸.

Kommisjonen har gitt uttrykk for at de ikke vil ta i betraktning effektivitetsgevinster med mindre de er mulig å bevise. Bevisbyrden påligger den parten som melder fusjonen¹³⁹. Det går også frem av retningslinjene at kun ”substantial efficiencies” vil bli

¹³³ Kolstad s. 333

¹³⁴ FOR 2004-04-28 nr 673

¹³⁵ Se <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Fusjoner-og-oppkjop/Informasjon-om-meldeplikten/>

¹³⁶ Retningslinjer fullstendig melding del 3, pkt. 9

¹³⁷ Jfr. V2003-61 s.84

¹³⁸ Se Teigum / Sæveraas, TtF 2004-2 s.238

¹³⁹ Se Horizontal Merger Guidelines para 86 til 88.

vektlagt¹⁴⁰, således vil ikke påberopelse av små og ubetydelige effektivitetsgevinster føre frem.

Kommisjonen har utarbeidet en Form CO¹⁴¹ som gir retningslinjer i forhold til hva slags informasjon partene må ha med når de skal melde en foretakssammenslutning til Kommisjonen. Section 9.3 gir retningslinjer for dokumentasjonskravet for effektivitetsgevinstene, imidlertid er det frivillig for partene om de ønsker å gi informasjon om effektivitetsgevinstene i konkurransemeldingen¹⁴². Det er også åpent for at partene på et senere stadium legger frem dokumentasjon for effektivitetsgevinstene. Kommisjonen uttaler imidlertid at de kan vurdere effektivitetsgevinstene bedre dersom de får informasjonen på et tidlig stadium.

Retningslinjene for horisontale fusjoner¹⁴³ gir uttrykk for at det er partene som har oversikt over det meste av informasjonen om mulige effektivitetsgevinster. Det påhviler derfor partene å gi slik informasjon som er nødvendig for å påvise at de påberopte effektivitetsgevinstene er fusjonsspesifikke og at det er sannsynlig at de vil realiseres. Tilsvarende er det opp til partene å vise om og i hvilken grad effektivitetsgevinstene vil kunne oppveie de negative virkningene foretakssammenslutningen vil kunne ha på konkurransen, slik at den også vil komme konsumentene til gode.

I USA stilles det også krav til dokumentasjon av effektivitetsgevinstene. I de nye retningslinjene for horisontale fusjoner¹⁴⁴ uttales det at det er opp til partene ”to substantiate efficiency claims so that the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any cost of doing so), how each would enhance the merged firm’s ability and incentive to compete, and why each would be merger specific. Efficiency claims would not be considered if they are vague, speculative, or otherwise cannot be verified

¹⁴⁰ Ibid. para 79

¹⁴¹ ANNEX I, FORM CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004

¹⁴² Se note 2 til pkt. 9.3.

¹⁴³ Horizontal Merger Guidelines para 87

¹⁴⁴ Se US Horizontal Merger Guidelines 2010, s.30

by reasonable means”. Det er således også etter amerikansk rett krav til at effektivitetsgevinstene er fusjonsspesifikke og at partene dokumenterer effektivitetsgevinstene slik at konkurransemyndighetene har grunnlag for å kontrollere sannsynligheten, størrelsesordenen og hvordan de påberopte effektivitetsgevinstene skal realiseres.

Både i Norge, EU og USA påhviler det altså partene å fremlegge dokumentasjon vedrørende effektivitetsgevinstene. Med andre ord er det partene som har bevisbyrden. Effektivitetsgevinster har gjerne sitt opphav i bedriftsøkonomiske besparelser som partene har best oversikt over, således synes dette å være en hensiktsmessig løsning.

2.3.3 Innen en rimelig tidsperiode

Kravet til dokumentasjon innebærer også et krav om at effektivitetsgevinstene må gjennomføres innen en rimelig tidsperiode. Spørsmålet er hva som ligger i en rimelig tidshorisont.

Det har i mange jurisdiksjoner vært vanlig å operere med en tidshorisont på to år. Konkurransetilsynets retningslinjer etter 1993-loven ga også anvisning på en tidshorisont på to år¹⁴⁵. Det kan være flere grunner til at virkninger som først realiseres langt frem i tid bør tillegges liten eller ingen vekt. Blant annet kan det være slik at effektivitetsvirkninger som er ervervsspesifikke på kort sikt, ikke vil være det på lang sikt. Imidlertid kan det argumenteres for at man ikke bør ha en generell regel for hvor lang tidshorisont man skal sette. Det kan variere om virkninger av fusjoner er kortvarige, eller om de kan få betydning langt frem i tid. Dette taler for at man bør vurdere tidshorisonten fra sak til sak¹⁴⁶. I forarbeidene til konkurranseloven¹⁴⁷ uttales det at tidshorisonten vil avhenge av karakteristika ved det aktuelle markedet og omfanget av endringer som kan forventes i fremtiden. Det er ikke mulig å forutsi den mer langsiktige utviklingen i enkeltmarkeder med stor grad av sikkerhet, derfor bør en

¹⁴⁵ Jfr. De interne retningslinjene for bedriftserverv, pkt. 4.1.

¹⁴⁶ Se ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp”, s.229

¹⁴⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.27

begrenset tidshorisont legges til grunn for vurderingen av de konkurransemessige konsekvensene. Synspunktet fra forarbeidene er også gjentatt i Konkurransetilsynets vedtak i Gilde / Prior saken¹⁴⁸.

I Kommisjonens retningslinjer er det også et krav om at effektivitetsgevinstene materialiserer seg innen rimelig tid. Kommisjonen uttrykker at jo lengre tid det er til effektivitetsgevinstene vil kunne materialisere seg, jo mindre vekt tillegges de¹⁴⁹.

Det ser ut til at norsk rett og EU-rett samsvarer på dette punkt. Det opereres ikke med noen fast tidshorisont, men at virkninger som realiseres langt frem i tid tillegges mindre vekt enn de som kan realiseres i nær fremtid.

2.3.4 Er kravet til dokumentasjon for strengt?

Sannsynlighetsovervekt er utgangspunktet for forvaltningens sivilrettslige avgjørelser¹⁵⁰. Det følger av praksis at tilsynet må oppfylle hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt før det gjøres inngrep. FAD har også lagt dette til grunn¹⁵¹. Se for eksempel klagevedtaket i Falck / Viking¹⁵², hvor FAD uttalte i forhold til de anførte effektivitetsgevinstene at *”Departementet finner, som tilsynet, det mest sannsynlig at disse ikke vil være tilstrekkelig store til å oppveie effektivitetstapet som følge av konkurransebegrensningen”*. Det foreligger ingen rettsavgjørelser om beviskrav i forhold til fusjonssaker. Konkurransemyndighetene har ikke noe fritt subsumsjonskjønn i sin vurdering av om vilkårene for å forby foretakssammenslutningen foreligger¹⁵³. Det følger av forvaltningsrettslige regler at domstolene både kan prøve lovtolking og subsumsjon med hensyn til om lovens vilkår for å inngrep er oppfylt. Konkurransemyndighetenes vurdering av å gripe inn kan ikke prøves.

¹⁴⁸ Se V2006-223 s.32

¹⁴⁹ Se Horizontal Merger Guidelines para 83

¹⁵⁰ Jfr. Østby s.140

¹⁵¹ Se FADs klagevedtak i saken V2004-16 Nobø Electro / Siemens s.33-34. Denne avgjørelsen ble truffet under 1993-loven.

¹⁵² Jfr. FADs klagevedtak i saken V2006-490 s.22

¹⁵³ Jfr. Hjelmeng og Graver s.148

Partene i fusjonssaker hevder ofte at kravet til dokumentasjon er for strengt. Tatt i betraktning at effektivitetsforsvaret nesten aldri slår igjennom i praksis er dette et rimelig spørsmål. Se i denne anledning klagevedtaket i Gilde / Prior-fusjonen hvor klager hevdet at tilsynet hadde satt så strenge beviskrav at det innebar en uthuling av effektivitetsforsvaret som verken hadde grunnlag i forarbeidene eller praksis¹⁵⁴.

Videre hevdet klager at tilsynet så ut til kreve at det forelå konkrete gjennomføringsplaner for å godkjenne effektivitetsgevinstene knyttet til betydelige kostnadsbesparelser grunnet synergier ved integrering av de to konsernene, samt effektivitetsgevinster i form av økt innovasjon og utvikling. Partene hevdet at slik grad av sannsynliggjøring ville komme i konflikt med ansattes rettigheter etter Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven om å bli involvert.

Klager bestred ikke at de hadde bevisbyrden, og FAD er også enig med Konkurransetilsynet i at det er foretakene som må sannsynliggjøre effektivitetsgevinstene. Imidlertid er FAD enig med klager i at det går en grense for krav til sannsynliggjøring, eksempelvis der det vil komme i konflikt med ansattes rettigheter etter hovedavtalen og arbeidsmiljøloven¹⁵⁵.

Klager argumenterte også for at tilsynet ikke kan stille høyere krav til klager enn til seg selv når det gjelder dokumentasjon¹⁵⁶. Det stilles ikke tilsvarende krav om at effektivitetstapet skal tallfestes og dokumenteres slik som effektivitetsgevinstene, dette vil jeg komme tilbake til under pkt. 3 nedenfor. Således kan det kanskje hevdes å være en skjevhet i kravene til dokumentasjon, men tatt i betraktning at det først og fremst er partene som har oversikt over potensialet for effektivitetsgevinster i de involverte bedriftene, er en slik skjevhet kanskje naturlig.

¹⁵⁴ Jfr. FADs klagevedtak av 05.10.06 s.14

¹⁵⁵ Ibid s.28

¹⁵⁶ Ibid s.15

Spørsmålet videre er da om det er noen forhold som kan rettferdiggjøre at det stilles strenge krav til dokumentasjon? Det kan sies å være tre grunner til at effektivitetsgevinstene er vanskelig å bedømme. For det første er det partene som har full oversikt over de potensielle effektivitetsgevinstene. For det andre vil anslag på effektivitetsgevinster innebære antakelser om fremtiden, og slike antakelser er alltid forbundet med usikkerhet. For det tredje finnes det flere studier som viser at mange fusjoner mislykkes, i den forstand at effektivitetsgevinstene som ble anført av partene ikke materialiserer seg¹⁵⁷. For eksempel viser KPMGs studie fra februar 2006 at bare én av tre transaksjoner faktisk gir effektivitetsgevinster¹⁵⁸.

Av hensyn til disse argumentene kan det forsvares at konkurransemyndighetene stiller strenge krav til dokumentasjon av effektivitetsgevinster. Imidlertid er det en fare ved for strengt dokumentasjonskrav at foretakssammenlutninger som er samfunnsøkonomisk gunstige ikke blir godkjent. For eksempel, som redegjort for i pkt. 2.2.2.3 er dynamiske effektivitetsgevinster spesielt vanskelig å dokumentere, selv om de økonomisk sett er viktige.

2.4 Fusjonsspesifikke effektivitetsgevinster

Som nevnt er det et krav at effektivitetsgevinstene er fusjonsspesifikke. Spørsmålet er hva som ligger i dette kravet.

Viser det seg at effektivitetsgevinstene kan realiseres uavhengig av fusjonen vil de ikke bli vektlagt. Det kan tenkes at mulighetene for en mer effektiv produksjon ligger latent i bedriften, og det er mulig å realisere disse gevinstene uavhengig av en fusjon. For det andre kan kostnadsbesparelser tenkes realisert gjennom intern vekst i de involverte foretakene. Økonomisk teori gir imidlertid ikke noe klart svar på når intern vekst vil være å foretrekke fremfor fusjoner. Kolstad argumenterer for at man bør være forsiktig med å avvise påberopte effektivitetsgevinster begrunnet med at foretakene på egenhånd

¹⁵⁷ Se Lindsay 2006, s.528 som viser til flere studier i note 78

¹⁵⁸ <http://www.kpmg.com/CN/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Pages/Driving-for-post-deal-success-200602.aspx>

kan realisere effektivitetsgevinstene ved å foreta investeringer i produksjonsutstyret, med mindre det foreligger konkrete planer om investeringer i bedriftene som er egnet til å realisere de kostnadsgevinstene som påberopes¹⁵⁹.

Som nevnt ovenfor er det også etter de amerikanske retningslinjene et krav om at effektivitetsgevinstene er fusjonsspesifikke.

Det følger av Kommisjonens retningslinjer¹⁶⁰ at effektivitetsgevinster kan tas i betraktning når de er en direkte konsekvens av fusjonen og at de ikke kan oppnås på andre måter, som er mindre konkurranseskadelige. Dette ble allerede slått fast i Kommisjonens avgjørelse i Aérospatiale-Alenia / de Havilland i 1991¹⁶¹. Det opp til partene å dokumentere at det ikke finnes alternativer som er mindre konkurranseskadelige, realistiske og oppnåelige.

Det kreves altså at det er årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og effektivitetsgevinstene både i Norge, EU og USA.

Ennå har ikke Kommisjonen godtatt en foretakssammenslutning på bakgrunn av rene effektivitetsgevinster¹⁶². I fusjonssaken mellom Inco / Falconbridge¹⁶³ vurderte Kommisjonen de påberopte effektivitetsgevinstene. Begge selskapene drev med gruvedrift, foredling, raffinering og salg av forskjellige nikkelprodukter, kobber, kobolt og edelmetall verden over. Kommisjonen fant at fusjonen ville gi selskapet mulighet og insentiver til å øke prisene på nikkel og kobolt i noen av markedene. Kommisjonen var enig i at de anførte effektivitetsgevinstene var kvantifisert og godt begrunnet i flere analyser utarbeidet av Inco, samt at de sannsynligvis ville materialisere seg. Allikevel hadde ikke partene lyktes i å dokumentere at effektivitetsgevinstene ikke kunne oppnås på alternative måter, som ikke ville begrense konkurransen i samme grad. Det var heller ikke dokumentert at de direkte ville komme konsumentene til gode, slik at de ville

¹⁵⁹ Kolstad, s.292-293.

¹⁶⁰ Horizontal Mergers Guidelines para 85

¹⁶¹ Case IV /M 53 [1991] O.J. L334/42

¹⁶² Jfr. "Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers", [2009]E.C.L.R. s.585

¹⁶³ Case COMP / M.4000

oppveie konkurransebegrensningen¹⁶⁴. Kommisjonen anså det som lite sannsynlig at effektivitetsgevinster realisert i oppstrømsmarkedet ville komme konsumentene til gode i nedstrømsmarkedet, tatt i betraktning at det fusjonerte selskap kunne opptre nærmest som en monopolist i nedstrømsmarkedet¹⁶⁵. Kommisjonen konkluderte med at effektivitetsgevinstene ikke kunne anses å oppveie fusjonens skadelige virkning på konkurransen¹⁶⁶. Fusjonen ble likevel godkjent, men på vilkår som tok sikte på å avhjelpe de negative virkningene på konkurransen. Selv om anførselene om effektivitetsforsvaret ikke førte frem her, viser det at Kommisjonen i alle fall vurderer om effektivitetsgevinster kan oppveie konkurransebegrensningen.

Kommisjonen anerkjente fusjonsspesifikke effektivitetsgevinster som en faktor som kunne oppveie konkurransetapet for første gang i saken Korsnäs / Assidomän Cartonboard¹⁶⁷. Kommisjonen godkjente fusjonen uten betingelser i fase 1. De påberopte effektivitetsgevinstene var en av flere faktorer som begrunnet at fusjonen ble klarert¹⁶⁸. Partene anførte at de forventet å realisere synergier som følge av lavere priser på innsatsfaktorer, reduserte personalkostnader og forbedret produksjon¹⁶⁹. I tillegg argumenterte Korsnäs for at de ville kunne realisere effektivitetsgevinster i form av forskning og utvikling, samt at de kunne realisere fordeler ved å kombinere det beste fra de to produksjonsstedene¹⁷⁰. Kommisjonen uttaler at det ikke var mulig å foreta en fullstendig vurdering av alle effektivitetsgevinstene i en fase 1 undersøkelse. Det har sammenheng med at fase 1 undersøkelser er en mindre grundig saksbehandling enn fase 2 behandling. Likevel fant Kommisjonen det sannsynlig at en større maskinportefølje ville muliggjøre en økning i samlet produksjon fra maskinene. Samt at disse effektivitetsgevinstene trolig ville styrke foretakenes insentiv og evne til å opptre konkurransefremmende som igjen ville være til fordel for forbrukerne. Effektivitetsgevinstene hadde betydning i denne saken ved at de styrket Kommisjonens

¹⁶⁴ Ibid para 536

¹⁶⁵ Jfr. Ezrachi, Ariel 2010, s.374

¹⁶⁶ Jfr. Case / Comp M4000 para 550

¹⁶⁷ Jfr. COMP/M.4057. Se para 57-64 om effektivitetsgevinster

¹⁶⁸ Se ”Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers” [2009] E.C.L.R. s.581

¹⁶⁹ Jfr. COMP/M.4057 para 57

¹⁷⁰ Ibid para 58

konklusjonen om at foretakssammenslutningen ikke ville lede til en konkurransebegrensning. Her er det viktig å huske på at i EU inngår effektivitetsgevinstene i en helhetlig vurdering av om foretakssammenslutningen fører til en vesentlig begrensning av konkurransen¹⁷¹. Det er ikke et effektivitetsforsvar i den betydning som legges til grunn i norsk rett, jfr. pkt. 3.4.

3 Avveiningen mellom effektivitetstap og effektivitetsgevinster

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis må Konkurransetilsynet etter § 16, første ledd foreta en avveining mellom effektivitetstap og effektivitetsgevinster. Dersom foretakssammenslutningen medfører samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier tapet ved konkurransebegrensningen foreligger det likevel ikke grunnlag for inngrep. Spørsmålet er da hvordan Konkurransetilsynet gjør denne avveiningen i praksis. Partene i fusjonssakene er gjerne kritiske til Konkurransetilsynets behandling av avveiningsspørsmålet. Det har blitt hevdet at det i praksis ikke blir foretatt noen reell avveining fordi Konkurransetilsynet ikke tallfester tapet¹⁷². Også flere økonomer mener at det er en stor svakhet i fusjonskontrollen at tallfesting av effektivitetstap ikke gjøres¹⁷³. Farene ved en mangelfull avveining er at man forbyr foretakssammenslutninger som samlet sett er positive i samfunnsøkonomisk forstand, og omvendt at man tillater foretakssammenslutninger som det burde vært gjort inngrep mot. Det kan stilles spørsmål ved om lovens formål om samfunnsøkonomisk effektivitet blir ivaretatt i tilstrekkelig grad uten en grundig effektivitetsavveining¹⁷⁴.

¹⁷¹ Jfr. Horizontal Merger Guidelines para 76

¹⁷² Se f.eks. FADs klagevedtak av 05.10.06 Gilde / Prior s.15

¹⁷³ Se ECONkurranse nr. 3-2007

¹⁷⁴ Kolstad s.337-339

3.2 Konkurransetilsynets praksis

Det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for å dokumentere det samfunnsøkonomiske tapet. Dersom Konkurransetilsynet finner at det foreligger en konkurransebegrensning, antas det at konkurransebegrensningen medfører et effektivitetstap. Konkurransetilsynet gjør ikke noe forsøk på å bevise og dokumentere at den reduserte konkurransen har uheldige virkninger i den enkelte sak. Presumpsjonen om at konkurransebegrensning gir samfunnsøkonomisk tap har støtte i økonomisk teori og empiriske studier¹⁷⁵.

Når det gjelder effektivitetsgevinster er det som redegjort for under pkt. 2.3 et strengt dokumentasjonskrav, samt at bevisbyrden påhviler partene. Tilsynet krever at effektivitetsgevinstene tallfestes. I Falck / Viking uttalte tilsynet at ”*Uten en nærmere tallfesting og dokumentasjon kan ikke Konkurransetilsynet legge vekt på disse eventuelle effektivitetsgevinstene*”¹⁷⁶.

Til tross for at gevinstene kvantifiseres foretas det en skjønnsmessig avveining mellom effektivitetstap og påberopte effektivitetsgevinster. Et eksempel er Panoramas oppkjøp av Bordsølv som ble godkjent av Konkurransetilsynet i november 2006¹⁷⁷. Etter en samlet vurdering konkluderte tilsynet med at Panorama hadde dokumentert at oppkjøpet ville gi samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som ville oppveie de mulige negative virkningene oppkjøpet kunne ha på konkurransen. Som nevnt under pkt. 2.2.5.3 var de anførte effektivitetsgevinstene knyttet til nedleggelse av et produksjonsanlegg og et kontor¹⁷⁸. Heller ikke i denne saken hvor effektivitetsforsvaret fikk gjennomslag er det mulig å lese ut av avgjørelsen hvordan tilsynet konkret har gått frem for å avveie gevinster og tap. Tilsynet gir kun anvisning på at de har foretatt en samlet vurdering.

¹⁷⁵ Jfr. Østbye s.102

¹⁷⁶ Jfr. V2006-490 s.26

¹⁷⁷ Jfr. A2006-66

¹⁷⁸ Se ”Fullstendig melding av foretakssammenslutning: Panorama AS / Bordsølv AS”, 17.08.06, pkt. 9.2

Konkurransetilsynet sier også ofte i sine vedtak at de etter en samlet vurdering finner at de anførte kostnadsbesparelsene ikke kan oppveie de negative følgene av foretakssammenslutningen¹⁷⁹. Den skjønnsmessige avveiningen kan fremstå som lite konkretisert. Et interessant spørsmål er da hvordan Konkurransetilsynet begrunner den skjønnsmessige avveiningen.

I klagevedtaket i Gilde / Prior-saken hevder klager at tilsynet ikke har grunnlag for å konkludere med at effektivitetsgevinstene ikke er tilstrekkelig til å oppveie tapet, når tilsynet ikke har beregnet størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet¹⁸⁰.

Konkurransetilsynet sier på sin side i flere av sine vedtak at det er svært vanskelig å beregne det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet¹⁸¹.

I klagevedtaket i Gilde / Prior-saken ga FAD uttrykk for at det er Konkurransetilsynet som skal begrunne det samfunnsøkonomiske tapet som følge av konkurransebegrensningen. FAD er imidlertid enig i at det er vanskelig for tilsynet å gi kvantitative anslag på dette tapet, og at det derfor må anslås kvalitativt. Selv om det kan gjøres et kvantitativt anslag over effektivitetsgevinstene må avveiningen mellom gevinster og tap likevel bli skjønnsmessig¹⁸². FAD sier videre at tilsynet vil være mer restriktiv desto sterkere konkurransen er redusert. Det vil si at de forventede effektivitetsgevinstene må være betydelig for at tilsynet skal konkludere med at effektivitetsgevinstene oppveier tapet. Det henger sammen med at man antar at en sterk konkurransebegrensning svekker partenes incentiver til å realisere de anførte effektivitetsgevinstene, jfr. pkt. 3.3.4 om x-ineffektivitet.

FAD gir tilsynet støtte i at effektivitetstapet ikke kvantifiseres og at avveiningen gjøres skjønnsmessig.

¹⁷⁹ Jfr. f.eks. V2008-12 Eurofins / Läntmannen s. 22, V2005-12 Prior / Nordgården s.36

¹⁸⁰ Jfr. FADs klagevedtak av 05.10.06 s. 15

¹⁸¹ Se f.eks. V2006-223 Gilde / Prior s.31 og V2007-13 Media Norge s.14.

¹⁸² FADs klagevedtak av 5.10.2006 Gilde / Prior s. 31

3.3 Bør det foretas en kvantifisering av det samfunnsøkonomiske tapet?

Spørsmålet er om Konkurransetilsynet heller burde prøve å gjøre kvantitative anslag over det samfunnsøkonomiske tapet. Fra et økonomisk ståsted kan det hevdes at for å foreta en reell avveining må man sette to tallstørrelser opp mot hverandre. På den andre siden er bruk av økonomiske modeller forbundet med usikkerhet. Økonomiske modeller innebærer en forenkling av virkeligheten, samt at parameterne man bruker for å gjøre et anslag ofte er usikre¹⁸³. Spørsmålet er om det er en holdbar begrunnelse for å ikke prøve å beregne tapet. Det er ikke bare det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet det er vanskelig å beregne, også effektivitetsgevinstene er det vanskelig å gi et nøyaktig tall på.

Omfanget av det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet avhenger av dødvektstapet, svekket innovasjon, kvalitetsforringelse og x-ineffektivitet. Dersom man vet noe om de nevnte størrelsene kan det være mulig å si noe om omfanget av det samfunnsøkonomiske tapet. Jeg vil behandle de ulike momentene nedenfor.

3.3.1 Dødvektstapet

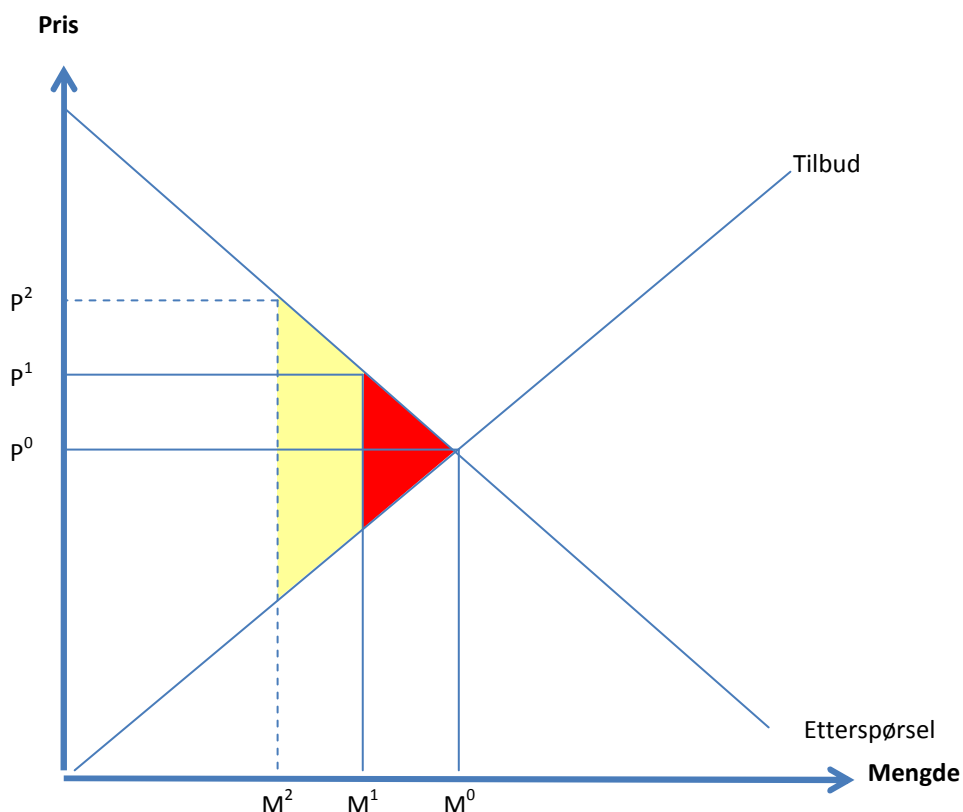
3.3.1.1 Potensialet for prisøkning

Det samfunnsøkonomiske tapet som følge av prisøkning omtales gjerne som dødvektstapet. Høyere priser er en ulempe for konsumentene dels fordi prisen for det de kjøper har økt, dels fordi de kjøper færre enheter¹⁸⁴. Hvor mye prisen forventes å stige som følge av en foretakssammenslutning har betydning for størrelsen på effektivitetstapet. Dette kan illustreres i en enkel frikonkurransemodell.

¹⁸³ Jfr. pkt. 2.2.2.2

¹⁸⁴ Jfr. "Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp" s. 216

FIGUR 3



I utgangspunktet er den samfunnsøkonomisk optimale tilpasningen der etterspørselskurven krysser tilbudskurven¹⁸⁵. Da produseres M^0 enheter til prisen P^0 .

Som følge av en foretakssammenslutning kan en tenke seg at konkurransen begrenses og foretakene får større markedsmakt som gir de mulighet til å øke prisene i markedet. I figuren er det illustrert ved at prisen øker til P^1 . Da ser man at antallet produserte enheter reduseres til M^1 . Det innebærer at man får et samfunnsøkonomisk tap som følge av at det blir produsert færre enheter enn det som er den samfunnsøkonomisk optimale tilpasningen. Dette dødvektstapet, illustrert ved den røde trekanten, er en del av det samfunnsøkonomiske tapet som skal avveies mot de anførte effektivitetsgevinstene.

Imidlertid kan det gi et uriktig bilde å bruke en frikonkurransmodell som utgangspunkt for å analysere dødvektstapet. I denne modellen forutsetter man at det er fullkommen

¹⁸⁵ Dette er redegjort for i pkt. 2.2.2.2

konkurranse i markedet før foretakssammenslutningen gjennomføres. Dersom det er konkurransebegrensninger i markedet fra før foretakssammenslutningen vil potensialet for dødvektstapet være enda større enn hvis utgangspunktet er perfekt konkurranse¹⁸⁶.

Det kan imidlertid også illustreres i figuren at dødvektstapet blir større dersom konkurransen allerede er begrenset, men at en forventer enda høyere priser som følge av foretakssammenslutningen. Dersom man forventer at prisen vil øke til P^2 , ser man i figuren at produserte enheter synker til M^2 og dødvektstapet øker, illustrert ved det gule arealet i figuren ovenfor.

Modellen viser at man kan si noe om størrelsen på dødvektstapet dersom man vet noe om hvor stor prisøkning foretakssammenslutningen vil medføre. Det er vanskelig å si noe om prisøkningen på generelt grunnlag, imidlertid finnes det metoder for å anslå mulige priseffekter av foretakssammenslutninger¹⁸⁷.

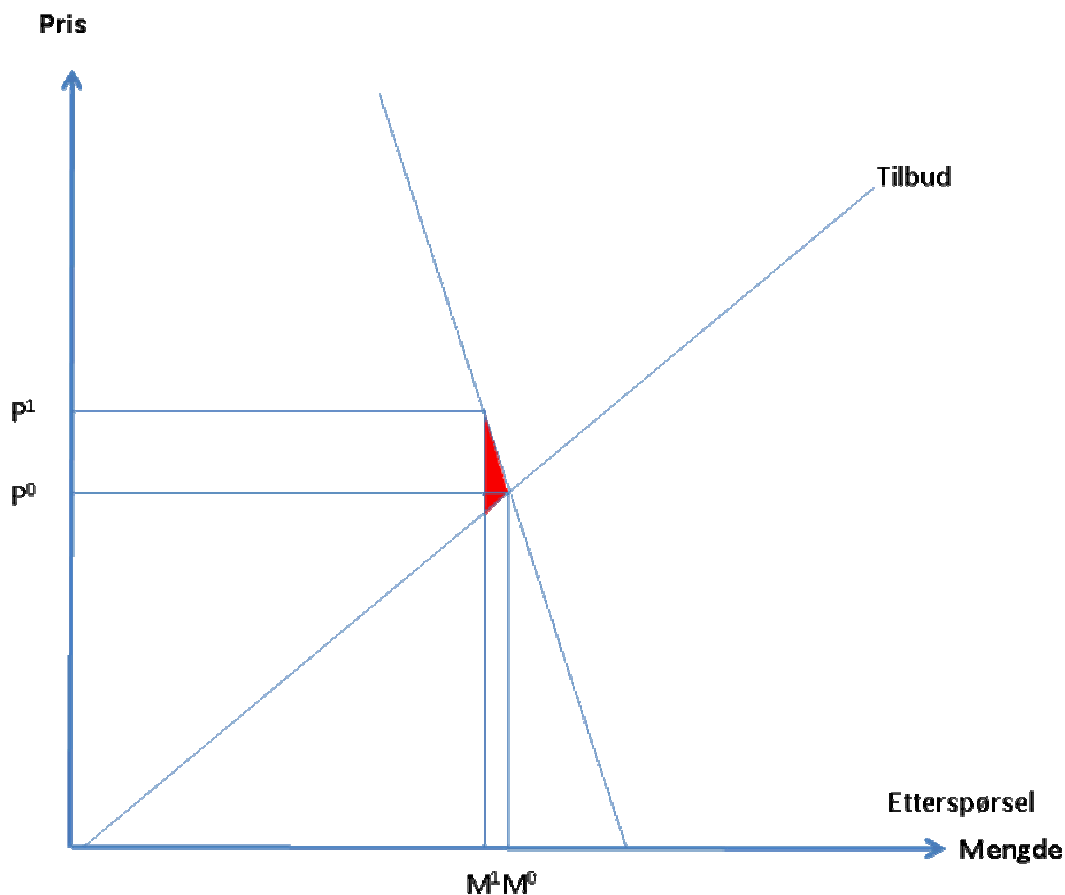
3.3.1.2 Etterspørselens priselastisitet

Etterspørselens priselastisitet sier noe om hvor sensitiv etterspørselen er for en økning i prisen. Typisk vil etterspørselen etter nødvendighetsgoder ikke reduseres så mye ved en prisøkning, i forhold til etterspørselen etter varer som er mer luksuspregede. En kan tenke seg at dersom prisen på salt øker vil ikke det ha så stor betydning for etterspørselen. Grunnen til det er at salt er nødvendig å bruke i matlaging, samt at en boks med salt varer lenge, slik at en prisøkning ikke har så mye å si. Salt har trolig derfor en mer uelastisk priselastisitet. Derimot kan man tenke seg at brus har en mer elastisk priselastisitet. Det er grunn til å tro at en prisøkning på brus vil gi en relativt stor nedgang i etterspørselen, fordi brus ikke er et så nødvendig gode og at det finnes alternativer som vann, melk og juice.

¹⁸⁶ Jfr. "Efficiencies in Merger Analysis", Greaney s.194

¹⁸⁷ Se f.eks. "Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp" s.226

FIGUR 4



Figur 4 illustrer en situasjon der etterspørselens priselastisitet er nærmest uelastisk. I et marked der prisen ikke har så mye å si for etterspørselen så vil en prisøkning ikke gi så stor nedgang i mengden produserte enheter. I figuren kan man se at en prisøkning fra p^0 til p^1 kun gir en liten reduksjon i produsert mengde fra M^0 til M^1 . Dødvæktstapet, den røde trekanten i figuren, blir dermed ganske beskjedent sammenliknet med et marked der etterspørselens priselastisitet er større, jfr. figur 3.

Det er utfordringer knyttet til å anslå dødvæktstapet nøyaktig. Likevel er det mulig å anslå størrelsen på dødvæktstapet ved å beregne den forventede prisøkningen foretakssammenslutningen vil medføre og etterspørselens priselastisitet.

3.3.1.3 Størrelsen på markedet

Markedets størrelse kan ha innvirkning på hvor stort dødvektstap en prisøkning vil medføre. For eksempel vil en prisøkning på 10 prosent i et lite marked, eksempelvis markedet for kornanalyser¹⁸⁸, gi mye mindre dødvektstap enn en tilsvarende prisøkning i markedet for egg eller storfekjøtt.

Ut ifra praksis kan det se ut som at tilsynet ikke vurderer betydningen av markedets størrelse. For eksempel i Eurofins / Analycen¹⁸⁹, som omhandlet et lite marked for analyser av næringsmidler og korn, uttaler tilsynet at foretakssammenslutningen vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i de to markedene. Videre at det er sannsynlig at ervervet vil medføre kraftige prisøkninger som vil medføre betydelige tap for konsumentene. Det er ikke noe i vedtaket som tyder på at tilsynet la noe vekt på at det dreide seg om små markeder.

Det er grunn til å tro at en prisøkning på 10 prosent i et lite marked vil gi et mye mindre dødvektstap sammenliknet med tilsvarende prisøkning i et stort marked.

Det taler for at man bør ta hensyn til markedets størrelse når man skal avveie dødvektstapet mot gevinstene

3.3.2 Svekket innovasjon

Innovasjon har med dynamisk effektivitet å gjøre. Endringer i innovasjon og utvikling er vanskeligere å anslå enn dødvektstapet. Graverutvalget uttalte at analyse av dynamisk effektivitet er mer komplisert og resultatene er mer usikre enn ved analysene av statisk effektivitet, jfr. her. pkt. 2.2.2.3. Noen økonomer mener likevel at det er mulig å gjøre et fornuftig anslag på tap som følge av svekket innovasjon. Hvis man antar at i utgangspunktet lanserer bedriften 10 nye produkter i året, og etter

¹⁸⁸ Jfr. V2008-12 Eurofins / Analycen som omhandlet markedene for analyser av næringsmidler og for analyser av korn

¹⁸⁹ Ibid s.20

foretakssammenlutningen blir det kun lansert 8 produkter pr. år. Det kan da være mulig å beregne tapet som følge av at de to produktene ikke blir realisert¹⁹⁰.

3.3.3 Kvalitetsforringelse

Redusert konkurranse kan medføre at incentivene til å opprettholde og utvikle kvaliteten på tjenester eller produkter svekkes. Dette kan medføre et samfunnsøkonomisk tap. I Falck / Viking uttalte tilsynet at redusert konkurranse kan føre til dårligere kvalitet på tjenesten. Tilsynet fant det sannsynlig at færre bilbergere og færre personer til å ta imot henvendelser i vaktentralen ville føre til at responstiden ville bli lengre¹⁹¹. Det er vanskelig å gi kvantitative anslag på tapet som følge av redusert kvalitet. Imidlertid kan det gjøres et anslag ved å anslå prosentvis kvalitetsforringelse av et produkts verdi. Hvis man f.eks. antar at et produkts kvalitet reduseres med 10 % kan man regne ut kvalitetsforringelsen for hele omsetningen og dermed det samfunnsøkonomiske tapet¹⁹².

3.3.4 X-ineffektivitet

Større inntekter til selskapene kan medføre et mindre press mot kostnadene som igjen kan gi ineffektivitet og sløsing, såkalt x-ineffektivitet eller organisatorisk slakk. FAD uttalte i klagevedtaket i Prior / Norgården-saken at ”manglende konkurranse kan føre til at partene ikke har sterkt nok fokus på intern effektivitet, noe som bidrar til et samfunnsøkonomisk effektivitetstap”¹⁹³. I flere saker har Konkurransetilsynet vist til at slakk eller x-ineffektivitet gir potensial for økt samfunnsøkonomisk tap uten å gi noe nærmere begrunnelse om hvor stort dette tapet forventes å være¹⁹⁴. Spørsmålet er om tilsynet burde være litt mer konkret i denne sammenheng.

¹⁹⁰ Jfr. ECONkurranse nr. 3-2007

¹⁹¹ Jfr. V 2006-490 s.21

¹⁹² Se ECONkurranse nr. 3-2007

¹⁹³ FADs vedtak av 6. februar 2006, s.14

¹⁹⁴ Jfr. f.eks. V2008-22 Opplysningen Mobil /Aspiro Søk s.21, V2008-3 Shell / YX Energi s.18, V2008-12 Eurofins / Analycen s.21

Et eksempel på organisatorisk slakk er at det er flere ansatte i virksomheten enn det som er nødvendig. Dette vil innebære et ressurstap for samfunnet fordi selskapet legger beslag på mer ressurser enn det har behov for¹⁹⁵. De overflødige ressursene kunne vært brukt på en annen måte som kaster mer av seg for samfunnet.

Von der Fehr og Sørgard gjør rede for noen faktorer som har innvirkning på nivået for kostnadsøkninger. Blant annet kan en forvente at rommet for kostnadsøkninger er mindre jo større vekt selskapets eiere legger på lønnsomhet og jo mer konsentrert eierskapet er og jo mer kompetente eierne er. Videre har det betydning om selskapet er børsnotert, om selskapet følges nøye av eksterne analytikere og jo mindre unik selskapets virksomhet er. Konkurransetilsynet henviser til momentene i Von der Fehrs og Sørgards studie i flere av sine vedtak¹⁹⁶.

I klagesaken i Falck / Viking anførte Falck at selskapet var eiet av et såkalt equity-fond som utøver et aktivt og profesjonelt eierskap. Falck mente dette ville motvirke at økt markedsrett ville føre til redusert intern effektivitet. Departementet uttalte i klagevedtaket at de var enige i et godt eierskap kan ha en positiv virkning på effektiviteten. Likevel kom FAD til at *”Muligheten for eierstyring som erstatning for konkurranse for å fremme intern effektivitet er imidlertid begrenset. Et aktivt og profesjonelt eierskap vil ikke i seg selv motvirke de underliggende forholdene som fører til redusert intern effektivitet. Virkningen av eierskapsutøvelse er liten i forhold til virkningen av konkurranse. Departementets vurdering er derfor at den interne effektiviteten vil bli betydelig redusert som følge av foretakssammenslutningen”*¹⁹⁷.

Von der Fehr og Sørgard mener at det er vanskelig å fastslå hvor stor del av en eventuell inntektsøkning som faktisk vil medføre sløsing i samfunnsøkonomisk forstand¹⁹⁸. De gir også uttrykk for at sløsingens graden fremstår som den mest usikre størrelsen når man skal gjøre et anslag på det samfunnsøkonomiske tapet. Denne forutsetningen bør derfor vies spesiell oppmerksomhet. For eksempel kan man anslå

¹⁹⁵ ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp”, s.220 i Konkurranse i samfunnets interesse

¹⁹⁶ Se blant annet vedtak V2006-223 Gilde / Prior, s.29

¹⁹⁷ FADs klagevedtak av 17.01.07 s.22, vedr. tilsynets vedtak V2006-490

¹⁹⁸ ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp”, s.223-224

hvor stor sløingsgraden må være for at tapet skal utligne vinningen. Dersom en bedrift har blitt mindre effektiv er det nødvendig å ansette flere personer for å opprettholde samme produksjon. Da kan man beregne tapet som følge av tapte årsverk¹⁹⁹. Ved hjelp av enkle forutsetninger kan man således gjøre anslag på x-ineffektivitet i en konkret sak.

3.3.5 Eksempler fra praksis

I praksis er det eksempler på at partene har gjort anslag på det samfunnsøkonomiske tapet. Tilsynet har imidlertid avfeid slike beregninger med den begrunnelse at det er stor usikkerhet forbundet med å kvantifisere tapet.

I DnB / Gjensidige NOR hadde partene laget et anslag på det samfunnsøkonomiske tapet²⁰⁰. Tilsynet mente at det kunne stilles spørsmål ved om de parameterne som var benyttet i den økonomiske analysen var realistiske. Tilsynet foretok da en alternativ beregning med andre parametre. Den alternative beregningen viser at hvilke parameterverdier som legges til grunn for beregningen gir store utslag på omfanget av det samfunnsøkonomiske tapet. Tilsynet påpeker at en forholdsvis liten endring av forutsetningene i forhold til partenes ”worst case” fører til at nesten hele den påståtte samfunnsøkonomiske kostnadsreduksjonen blir utlignet av det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet som følge av økte priser og redusert kvantum.

I Falck / Viking saken hadde partene engasjert ECON til å beregne og anslå et ”øvre tak” på det samfunnsøkonomiske tapet. Tilsynet mente at beregning av tapet var forbundet med stor usikkerhet og at det ”øvre tak” ikke kunne ses på som noen absolutt grense for tapet²⁰¹. Tilsynet peker på at det er usikkerhet knyttet til forutsetningene og parameterne som er lagt til grunn for beregningene, samt om valgte økonomiske modell gir et riktig utgangspunkt. Imidlertid har tilsynet i denne saken foretatt en relativt grundig vurdering av de ulike forholdene som påvirker det samfunnsøkonomiske tapet,

¹⁹⁹ Se ECONkurranse nr. 3-2007

²⁰⁰ Jfr. V2003-61, s.83-84

²⁰¹ Jfr. V2006-490 s.20-22

i forhold til de mer knappe vurderingene som gjøres i andre vedtak. Tilsynet vurderte etterspørselastisiteten, potensialet for prisøkning, innovasjonstakten, faren for kvalitetsforringelse og potensialet for slakk. Konklusjonen ble at foretakssammenslutningen ville føre til et betydelig samfunnsøkonomisk tap spesielt på grunn av redusert effektivitet, kvalitetsforringelse og lavere innovasjonstakt.

3.4 Andre tilnærminger til avveiningsproblemet?

Som redegjort for ovenfor kan stilles spørsmålstegn ved om den skjønsmessige avveiningen som tilsynet foretar mellom effektivitetstap og gevinster er tilfredsstillende. Tallfesting av det samfunnsøkonomiske tapet og en kvantitativ avveining er heller ingen enkel oppgave. Spørsmålet er da om det finnes noen alternative fremgangsmåter for å løse avveiningsproblemet.

Kommisjonens retningslinjer²⁰² anerkjenner at effektivitetsgevinster vil kunne motvirke de negative effektene foretakssammenslutningen har på konkurransen. Retningslinjene for horisontale fusjoner para 76 gir anvisning på en ”overall assessment” av effektivitetsgevinstene. Det innebærer at effektivitetsgevinster vil inngå i en samlet vurdering av foretakssammenslutningen. Effektivitetsargumentene er da behandlet som en faktor i helhetsvurderingen av om fusjonen medfører en vesentlig konkurransebegrensning, og ikke som et effektivitetsforsvar som sådan²⁰³. Dette er annerledes enn norsk rett hvor Konkurransetilsynet først gjør en analyse av om foretakssammenslutningen vil føre til en vesentlig konkurransebegrensning og deretter vurderer om effektivitetsgevinstene kan oppveie tapet som følge av konkurransebegrensningen.

Kommisjonen opererer med en såkalt ”sliding scale approach”, jfr. retningslinjene for horisontale fusjoner²⁰⁴. Det vil si at jo større mulige negative virkninger en foretakssammenslutning kan ha på konkurransen, jo strengere krav setter Kommisjonen

²⁰² Horizontal Mergers Guidelines para.76 og 77

²⁰³ Jfr. Wish s.863 og ”The Efficiency Defence in EC Merger Control” [2010] E.C.L.R. s.370

²⁰⁴ Horizontal Mergers Guidelines para 84

til at effektivitetsgevinstene er godt dokumentert, sannsynlighet for at de blir gjennomført og at de kommer forbrukerne til gode i tilstrekkelig grad. Samt at det er høyst usannsynlig at en foretakssammenslutning som fører til en markedssituasjon med monopol eller tilsvarende nivå av markedsrett vil kunne godkjennes på bakgrunn av at effektivitetsgevinster vil oppveie det mulige tapet som følge av konkurransebegrensningen.

Kommisjonen gir veiledning i forhold til kriteriene for at effektivitetsgevinstenes skal anses som relevante. Imidlertid gir Kommisjonen ingen konkrete retningslinjer for avveiningen mellom effektivitetsgevinster og effektivitetstap²⁰⁵.

I august 2010 kom det nye reviderte retningslinjer for horisontale fusjoner i USA. Retningslinjene fra 1992 var basert på en 5-trinns konkurranseanalyse, hvorav effektivitetsgevinster var et av punktene i analysen²⁰⁶. Etter de nye retningslinjene heter det at *"merger analysis does not consist of uniform application of single methodology. Rather, it is a fact-specific process through which the Agencies, guided by their extensive experience, apply a range of analytical tools to the reasonably available and reliable evidence"*²⁰⁷. De nye retningslinjene synes dermed å gi anvisning på en mer fleksibel tilnærming til analysen av foretakssammenlutninger.

De amerikanske retningslinjene anvender også en sliding-scale-approach i likhet med norsk rett og EU-rett. Det fremgår av retningslinjene at *"The greater the potential adverse competitive effect of a merger, the greater must be the cognizable efficiencies, and the more they must be passed through to customers, for the Agencies to conclude that the merger will not have an anticompetitive effect in the relevant market"*²⁰⁸. Det ser ut til at også de amerikanske retningslinjene, i likehet med Kommisjonen, behandler effektivitetsgevinster som en faktor i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til en konkurransebegrensning. Norge bør kanskje også vurdere om det er bedre at

²⁰⁵ Jfr. Kokkoris: "Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers" [2009] E.C.L.R s. 584 og Svetlicini "Efficiency Defence in EC Merger Control?"[2007] E.C.L.R. s.533

²⁰⁶ Jfr. US Horizontal Mergers Guidelines 1992 pkt. 0.2.

²⁰⁷ Jfr. US Horizontal Mergers Guidelines 2010 s.1

²⁰⁸ Ibid. s.31

effektivitetsgevinstene inngår i en slik helhetsvurdering i stedet for at man foretar en analyse i to steg.

I praksis fra USA ser det ut til at utfallet av rettslige vurderinger av effektivitetsgevinstene er avhengig av rettens beslutning i forhold til virkningen på konkurransen. De fleste saker der domstolene har konkludert med at foretakssammenslutningen medfører betydelige effektivitetsgevinster, er det samtidig konkludert med at foretakssammenslutningen sannsynligvis ikke vil føre til en vesentlig konkurransebegrensning²⁰⁹. Ut i fra praksis kan det se ut som at dokumenterte og relevante effektivitetsgevinster brukes mer som et støtteargument for utfallet av vurderingen av konkurransebegrensningen, og ikke som et selvstendig argument.

I juridisk teori har det blitt argumentert for at en standardisering av skjønnet kan gi større forutberegnelighet og redusere antall tvister²¹⁰. Også enklere administrativ behandling og likebehandling har blitt fremhevet som fordeler ved dette²¹¹. Men en ustrakt bruk av standardisert skjønn er ikke nødvendigvis alltid av det gode. Selv om det dreier seg om saker av samme art kan det være hensiktsmessig å se på hvilken betydning den har for partene eller andre særegenheter ved saken²¹². Det kan utarbeides retningslinjer som ikke overlater noe av avveiningen til et skjønn, f.eks. ved å angi terskelverdier for tillatt konsentrasjon. Juridisk teori gir forvaltningen vid adgang til å lage retningslinjer for skjønnet. For inngrep i form av påbud eller forbud tilsier legalitetsprinsippet imidlertid en snevrere standardiseringsadgang for å sikre at vilkårene for inngrep faktisk er oppfylt i det konkrete tilfelle. Ordlyden ”inngrep” synes å forutsette at det skal gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. De feilkilder økonomisk teori mener en konkret avveining vil være belastet med, er en viktig innvending mot en konkret effektivitetsavveining²¹³. Det kan sies å hefte usikkerhet både ved en regelorientert og en sak-til-sak regulering av konkurransen.

²⁰⁹ Jfr. ”Efficiencies in Merger Analysis”, Greaney s. 202

²¹⁰ Kolstad s.327

²¹¹ Se Eckhoff / Smith s.176

²¹² Ibid. s.177

²¹³ Jfr. Kolstad s.330

Som nevnt under pkt. 2.3.4 gjelder det et beviskrav om alminnelig sannsynlighetsovervekt i fusjonssaker. I konkurranseretten opereres det med presumpsjoner. Som nevnt ovenfor presumeres det å foreligge et samfunnsøkonomisk tap dersom tilsynet finner at foretakssammenslutningen medfører en vesentlig konkurransebegrensning. Det er så opp til partene å bevise at effektivitetsgevinstene mest sannsynlig oppveier dette tapet. På den måten snus bevisbyrden²¹⁴. I utgangspunktet bør det være tilstrekkelig at man finner det bevist at gevinstene akkurat oppveier tapet. Som redegjort for ovenfor er det vanskelig å beregne både gevinster og tap nøyaktig slik at det bør kreves en ”sikkerhetsmargin”²¹⁵.

Østbye argumenterer for at å regne ut effektivitetsgevinstene nøyaktig i krone og øre ofte ikke har noen hensikt. Partene legger ned mye ressurser i slike beregninger, mens det samfunnsøkonomiske tapet ikke kan kvantifiseres tilsvarende. Han argumenter for at det er viktigere å dokumentere de konkrete prosessene som fører til effektivitetsgevinster²¹⁶. Han hevder videre at kun stordriftsfordeler som fører til endrede strukturelle forhold slik at minimum effektiv skala²¹⁷ øker bør godtas. I tillegg må det vises at en foretakssammenslutning er en bedre måte å realisere dette på enn konkurranse.

I 2009 ble studien, ”Quantifying antitrust damages”²¹⁸ utarbeidet på oppdrag for Kommisjonen. Bakgrunn for studien var at de som rammes av brudd på konkurransereglene i EU sjelden får erstatning for det fulle tapet de lider. En av årsakene er problemene knyttet til å kvantifisere tapet. Kommisjonen har satt seg som mål å utarbeide retningslinjer for hvordan tapet skal kvantifiseres. I den anledning ble denne rapporten utarbeidet på oppdrag for Kommisjonen. Det kan se ut til at tendensen i EU går i retning av økt fokus på direkte kvantifisering av tapet i forhold til atferdsreglene.

²¹⁴ Jfr. Østbye s.138-139

²¹⁵ Jfr. Kolstad s.336

²¹⁶ Jfr. Østbye s.105

²¹⁷ Jfr. pkt. 2.2.5.2

²¹⁸ Jfr. ”Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, 2009

3.5 Oppsummering / vurdering

Spørsmålet er så om forsøk på å tallfeste tapet gir et bedre utgangspunkt for avveiningen. Som nevnt har ikke Kommisjonen utarbeidet noen nærmere retningslinjer for avveining av tap og gevinster. Denne avveiningen vil uansett bli litt annerledes i EU i forhold til norsk rett siden EU anvender konsumentvelferdsstandarden. Imidlertid er det som nevnt en tendens i retning av større fokus på å kvantifisere tap i forbindelse med erstatningsutmåling ved brudd på atferdsreglene i EU. Det gjenstår å se om denne tendensen vil smitte over på fusjonskontrollen i fremtiden.

Det kan være flere årsaker til at Konkurransetilsynet er forsiktig med å kvantifisere tapet. Som vist ovenfor er det vanskelig å tallfeste det fulle samfunnsøkonomiske tapet. Noen av elementene i et samfunnsøkonomisk tap er det mulig å gi et realistisk anslag på, mens andre elementer er vanskeligere. Dødvectstapet hører til den delen av tapet som det er mulig å gi fornuftige anslag på, mens x-ineffektivitet og svekket innovasjonsincentiver er nærmest umulige å kvantifisere²¹⁹. Således kan forsøk på tallfesting av tapet gi et skjevt bilde på det samfunnsøkonomiske tapet.

Det er nærliggende å tenke seg at tilsynet ikke ser bort fra de ulike parameterne som har betydning for størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet, men at de vurderer og har oppfatninger om forventet prisøkning, priselastisitet osv., selv om ikke tapet direkte tallfestes. Av hensyn til kontradiksjon og forutberegnelighet bør imidlertid slike vurderinger komme klart til uttrykk i vedtakene. En slik grundig redegjørelse for det samfunnsøkonomiske tapet, som ble gjort i Falck / Viking, bør gjøres i alle vedtak, også i de sakene hvor partene ikke har beregnet det samfunnsøkonomiske tapet.

Det er ikke gitt at konkrete regnestykker bør tas inn i tilsynets vedtak. Imidlertid kan det være nyttig at tilsynet og partene sammen diskuterer de forholdene som påvirker størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet²²⁰. På den måten kan det være mulig å komme frem til et anslag over potensialet for tap som følge av konkurransebegrensningen.

²¹⁹ Jfr. Østby s.103

²²⁰ Jfr. ECONkurrance nr.3-2007

Etter min mening er det ikke en tilstrekkelig begrunnelse at tilsynet sier at de etter en samlet vurdering har kommet til at effektivitetsgevinstene ikke oppveier effektivitetstapet. Selve avveiningen bør også begrunnes mer konkret. Tilsynet bør i detalj gjøre rede for hvordan de kommer frem til konklusjonen og hvilke forutsetninger de legger til grunn for vurderingen. Dersom det redegjøres nærmere for det samfunnsøkonomiske tapet, og de parametre som har betydning for størrelsen på tapet, vil man også få et bedre grunnlag for å avveie effektivitetstapet mot effektivitetsgevinstene.

4 Avslutning

Denne avhandlingens hovedspørsmål er om effektivitetsforsvaret har noen betydning i praksis. Som redegjort for er det svært få eksempler på at effektivitetsforsvaret får gjennomslag i praksis. En fare ved for strenge krav til å gi effektivitetsforsvaret gjennomslag er at man forbyr foretakssammenslutninger som bidrar til samfunnsøkonomisk effektivitet.

Hele konkurranseloven kan sies å være tuftet på den økonomiske teori om at fri konkurranse er det som sikrer samfunnsøkonomisk effektivitet. Dersom det først konstateres at primærvilkåret om vesentlig konkurransebegrensning er oppfylt tilsier økonomisk teori at konsekvensen er et samfunnsøkonomisk tap. Tar man det i betraktning er det kanskje riktig at det kreves mye for å konstatere at effektivitetsgevinster oppveier effektivitetstapet. Også i EU, USA og andre land er det få eksempler på at effektivitetsforsvaret får gjennomslag. Praksis etter norsk rett er således ikke spesielt streng i forhold andre land, men synes heller å være i samsvar med internasjonal rettsoppfatning

Effektivitetsforsvaret har likevel en praktisk rolle i de få foretakssammenslutningene hvor det til tross for vesentlig begrenset konkurranse, vil være spesielle forhold ved foretakene og markedet som gjør at effektivitetsgevinstene vil oppveie

effektivitetstapet. I slike tilfeller har effektivitetsforsvaret en viktig betydning i praksis for å sikre konkurranselovens formål.

5 Litteraturliste

5.1 Litteratur

- Eckhoff, Torstein / Smith, Eivind: Forvaltningsrett, 8 utg. 2006.
- ECONkurranse, informasjonsbrev nr. 3-2007.
- Eide, Erling / Stavang, Endre: Rettsøkonomi, 2. opplag 2009.
- Ekeberg, Lasse, avdelingsdirektør i Konkurransetilsynet: Kontroll med foretakssammenslutninger, artikkel s.25-32 i Konkurransen i Norge, 2009, utgitt av Konkurransetilsynet.
- Ezrachi, Ariel: EU competition law: an analytical guide to the leading cases, 2010
- Farrell & Katz, The Economics of Welfare Standards in antitrust, 2006.
- Fehr, Nils Henrik von der / Sørgard, Lars: ”Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp”, artikkel / kapittel 12 i ”Konkurranse i samfunnets interesse. Festskrift til Einar Hope”, 2004.
- Greaney, Thomas L.: ”Efficiencies in merger analysis: alchemy in the age of empiricism?”, artikkel i boken “Economic Theory and Competition Law” s. 191-205, edited by Josef Drexel, Laurence Idiot og Joël Monéger, 2009.
- Hjelmeng og Graver, Norsk Konkurranserett, Bind II Prosess og sanksjoner, 2006.
- Hovenkamp, Herbert: ”Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice”, third edition, 2005.
- Iversen, Hanne: “The Efficiency Defence in EC Merger Control” [2010] E.C.L.R. s. 370-376.
- Kokkoris, Dr. Ioannis: “Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers”: The OFT is setting the example” [2009] European Competition Law Review (E.C.L.R.) s.581-592.
- Kolstad, Olav /Ryssdal, Anders m.fl.: Norsk Konkurranserett, Bind I Atferdsregler og strukturkontroll, 2007.

- Kolstad, Olav: Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme ”forbrukernes interesser”, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 s.1.
- Kolstad, Olav: Fra konkurransepolitikk til konkurranserett, 1998.
- Lindsay, Alistar: The EC Merger Regulation, Substantive Issues, 2nd Edition, 2006.
- ”Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-juridical team of lawyers led by Dr. Assimakis Komninos, 2009.
- RBBs rapport fra 2005: ”The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers”. Rapporten er tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/studies_reports.html
- Scherer / Ross: Industrial Market Structure and Economic Performance, Third Edition, 1990.
- Svetlicinii, Alexandr: “Assessment of the Non-Horizontal Mergers: Is there a chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control?”, [2007] E.C.L.R. Issue 10 s. 529-538.
- Sørgard, Lars: ”Fusjonskontroll i Norge: Bør vi fortsatt være anderledeslandet?” publisert i ”Konkurranseloven fem år. Erfaringer og reformbehov” s.28-38, utgitt av Næringslivets Hovedorganisasjon, 2009
- Teigum, Siri / Sæveraas, Eivind: ”Kontroll med oppkjøp og fusjoner under ny norsk konkurranselov”, Tidsskrift for Forretningsjus 2004-2.
- Østbye, Peder: Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming, 2008.
- Visser Matthijs, / Bishop, Simon: ”When One is Enough?-Effects-Based and Efficiencies Analysis in Practice”, E.C.L.R, Issue 9 2009 s. 403-406.
- Wish, Richard, Competition Law, Sixth Edition, 2008.

5.2 Lover

- LOV-2004-03-05-12, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenlutninger (konkurranseloven).
- LOV-2004-03-05-11, Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

5.3 Forarbeider

- NOU 1991:27 Konkurranse for effektiv ressursbruk
- NOU 2003:12 Ny konkurranselov
- Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)
- Innst. O. nr. 50(2003-2004)

5.4 Konkurransetilsynets avgjørelser og vedtak²²¹

- V2003-61 Gjensidige / DnB NOR
- V2005-12 Prior / Nordgården
- V2006-223 Gilde / Prior
- V2006-490 Falck / Viking
- V2007-13 Media Norge
- V2007-17 BBS / Teller
- V2008-3 Norske Shell – spesifiserte eiendeler fra YX Energi Norge as
- V2008-12 Eurofins Danmark / Lantmännen Analycen
- V2008-22 Opplysningen Mobil / Aspiro Søk
- V2009-14 Validus / Sunkost

²²¹ Jeg har i løpet av høsten 2010 fått oversendt vedtak fra Konkurransetilsynet hvor det er foretatt ny offentlighetsvurdering av opplysninger i vedtak. I den forbindelse kan det være avvik i sidenummereringen i de versjonene av vedtakene som ligger ute på Konkurransetilsynets nettsider, ift. til de nye offentlige versjonene fra Konkurransetilsynet som jeg referer til.

5.5 Departementsvedtak

- FADs vedtak av 6.2.2006 i sak V2005-12 Prior / Nordgården
- FADs vedtak av 05.10.06 i sak V2006-223 Gilde / Prior
- FADs vedtak av 17.01.07 i sak V2006-490 Falck / Viking

5.6 Traktater og avtaler

- EØS-avtalen. Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet
- Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 9.5.2008 C115 /49

5.7 Rådsforordninger

- Rådsforordning 139 / 2004
- ANNEX I, FORM CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004

5.8 EU-domstolen

- Sak 322 / 81, NV Nederlandsche Banden-Industrie/ Michelin mot Kommissjonen I, Sml. 1983 s. 3461

5.9 Kommisjonspraksis

- Case COMP / M.4000, Inco / Falconbridge, European Commission, [2007] OJ L72/18
- Case COMP / M.4057, Korsnäs / AssiDomän Cartonboard [2006] OJ P209/12
- Case IV /M 53 Aérospatiale-Alenia / de Havilland [1991] O.J. L334/42

5.10 Kommisjonens kunngjøringer

- Guidelines on the assessment of horizontal mergers, OJ (2004) C 31/ 03
- Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers, OJ (2008) C 265 / 07

5.11 Amerikanske rettskilder

- The Clayton Act
- Horizontal Mergers Guidelines 1992, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued: April 2, 1992 Revised: April 8, 1997
- Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued: August 19, 2010